بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
علاء الدين الكاساني
سنة الولادة / سنة الوفاة 587
تحقيق
الناشر دار الكتاب العربي
سنة النشر 1982
مكان النشر بيروت
عدد الأجزاء 7

جَعَلْتُ هذه الدَّارَ لك رقبي أو قال هذه الدَّارُ لك رقبي وَدَفَعَهَا إلَيْهِ فَهِيَ عَارِيَّةٌ في يَدِهِ له أَنْ يَأْخُذَهَا منه مَتَى شَاءَ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وقال أبو يُوسُفَ هذا هِبَةٌ
وَقَوْلُهُ رُقْبَى بَاطِلٌ
احْتَجَّ بِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ أَجَازَ الْعُمْرَى وَالرُّقْبَى وَلِأَنَّ قَوْلَهُ دَارِي لك تَمْلِيكُ الْعَيْنِ لَا تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ وَلَمَّا قال رُقْبَى فَقَدْ عَلَّقَهُ بِالشَّرْطِ وَأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ فَبَطَلَ الشَّرْطُ وَبَقِيَ الْعَقْدُ صَحِيحًا وَلِهَذَا لو قال دَارِي لك عُمْرَى أَنَّهُ تَصِحُّ الْهِبَةُ وَيَبْطُلُ شَرْطُ الْمُعَمَّرِ
كَذَا هذا وَاحْتَجَّا بِمَا رَوَى الشَّعْبِيُّ عن شُرَيْحٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ أَجَازَ الْعُمْرَى وَأَبْطَلَ الرُّقْبَى وَمِثْلُهُمَا لَا يَكْذِبُ وَلِأَنَّ قَوْلَهُ دَارِي لك رُقْبَى تَعْلِيقُ التَّمْلِيكِ بِالْخَطَرِ لِأَنَّ مَعْنَى الرُّقْبَى أَنَّهُ يقول إنْ مِتُّ أنا قَبْلَكَ فَهِيَ لَكَ وَإِنْ مِتَّ أنت قَبْلِي فَهِيَ لي
سَمَّى الرُّقْبَى من الرُّقُوبِ وَالِارْتِقَابِ وَالتَّرَقُّبُ وهو الِانْتِظَارُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَظِرُ مَوْتَ صَاحِبِهِ قبل مَوْتِهِ وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَكَانَتْ الرُّقْبَى تَعْلِيقُ التَّمْلِيكِ بِأَمْرٍ له خَطَرُ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ وَالتَّمْلِيكَاتُ مِمَّا لَا تَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالْخَطَرِ فلم تَصِحَّ هِبَةً وَصَحَّتْ عَارِيَّةً لِأَنَّهُ دَفَعَ إلَيْهِ وَأَطْلَقَ له الِانْتِفَاعَ بِهِ وَهَذَا مَعْنَى الْعَارِيَّةِ وَهَذَا بِخِلَافِ الْعُمْرَى لِأَنَّ هُنَاكَ وَقَعَ التَّصَرُّفُ تَمْلِيكًا لِلْحَالِ فَهُوَ بِقَوْلِهِ عُمْرَى وَقْتَ التَّمْلِيكِ أَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ التَّوْقِيتَ فيبطل (((فبطل)))
وَبَقِيَ الْعَقْدُ على الصِّحَّةِ وَلَا حُجَّةَ له في الحديث لِأَنَّ الرُّقْبَى تَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ من الْمُرَاقَبَةِ وَهِيَ الِانْتِظَارُ وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ من الأرقاب (((الرقاب)))
وهو هِبَةُ الرَّقَبَةِ فَإِنْ أُرِيدَ بها الْأَوَّلُ كان حُجَّةً له وَإِنْ أُرِيدَ بها الثَّانِي لَا يَكُونُ حُجَّةً لِأَنَّ ذلك جَائِزٌ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ أو يُحْمَلُ على الثَّانِي تَوْفِيقًا بين الْحَدِيثَيْنِ صِيَانَةً لِكَلَامِ من يَسْتَحِيلُ عليه التَّنَاقُضُ عنه
وَبِهَذَا تَبَيَّنَ أَنْ لَا اخْتِلَافَ بَيْنَهُمْ في الْحَقِيقَةِ إنْ كان الرُّقْبَى والأرقاب مستعملان (((مستعملين))) في اللُّغَةِ في هِبَةِ الرَّقَبَةِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْوِيَ فَإِنْ عَنَى بِهِ هِبَةَ الرَّقَبَةِ يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ عَنَى بِهِ مُرَاقَبَةَ الْمَوْتِ لَا يَجُوزُ بِلَا خِلَافٍ
وَلَوْ قال لِرَجُلَيْنِ دَارِي لِأَطْوَلِكُمَا حَيَاةً فَهُوَ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ لَا يُدْرَى أَيُّهُمَا أَطْوَلُ حَيَاةً فَكَانَ هذا تَعْلِيقَ التَّمْلِيكِ بِالْخَطَرِ فَبَطَلَ وَلَوْ قال دَارِي لك حَبِيسٌ فَهَذَا عَارِيَّةٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ هو هِبَةٌ وَقَوْلُهُ حَبِيسٌ بَاطِلٌ بِمَنْزِلَةِ الرُّقْبَى

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ قَوْلَهُ دَارِي لك تَمْلِيكٌ وَقَوْلُهُ حَبِيسٌ نفي الْمِلْكَ فلم يَصِحَّ النَّفْيُ وَبَقِيَ التَّمْلِيكُ على حَالِهِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ قَوْلَهُ حَبِيسٌ خَرَجَ تَفْسِيرًا لِقَوْلِهِ لك فَصَارَ كَأَنَّهُ ابْتَدَأَ بِالْحَبِيسِ فقال دَارِي حَبِيسٌ لك وَلَوْ قال ذلك كان عَارِيَّةً بِالْإِجْمَاعِ كَذَا هذا
وَلَوْ قال دَارِي رُقْبَى لك كان عَارِيَّةً إجْمَاعًا ذَكَرَهُ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ وَلَوْ وَهَبَ جَارِيَةً على أَنْ بيعها (((يبيعها))) أو على أَنْ يَتَّخِذَهَا أُمَّ وَلَدٍ أو على أَنْ يَبِيعَهَا لِفُلَانٍ أو على أَنْ يَرُدَّهَا عليه بَعْدَ شَهْرٍ جَازَتْ الْهِبَةُ وَبَطَلَ الشَّرْطُ لِأَنَّ هذه الشُّرُوطَ مِمَّا لم تَمْنَعْ وُقُوعَ التَّصَرُّفِ تَمْلِيكًا لِلْحَالِ وَهِيَ شُرُوطٌ تُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ فَتَبْطُلُ وَيَبْقَى الْعَقْدُ على الصِّحَّةِ بِخِلَافِ شُرُوطِ الرُّقْبَى على ما بَيَّنَّا وَبِخِلَافِ الْبَيْعِ فإنه تُبْطِلُهُ هذه الشُّرُوطُ لِأَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ لَا يَكُونَ قِرَانُ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ لِعَقْدٍ ما مُفَسِّرًا له لِأَنَّ ذِكْرَهُ في الْعَقْدِ لم يَصِحَّ فَيَلْحَقُ بِالْعَدَمِ وَيَبْقَى الْعَقْدُ صَحِيحًا إلَّا أَنَّ الْفَسَادَ في الْبَيْعِ لِلنَّهْيِ الْوَارِدِ فيه وَلَا نَهْيَ في الْهِبَةِ فَيَبْقَى الْحُكْمُ فيه على الْأَصْلِ وَلِأَنَّ دَلَائِلَ شَرْعِيَّةِ الْهِبَةِ عَامَّةٌ مُطْلَقَةٌ من نَحْوِ قَوْله تَعَالَى { فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عن شَيْءٍ منه نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا } وَهَذَا يَجْرِي مَجْرَى التَّرْغِيبِ في أَكْلِ الْمَهْرِ وَقَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَهَادَوْا تَحَابُّوا وَهَذَا نَدْبٌ إلَى التَّهَادِي وَالْهَدِيَّةُ هِبَةٌ وَرَوَيْنَا عن الصِّدِّيقِ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال لِسَيِّدَتِنَا عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها إنِّي كنت نَحَلْتُكِ كَذَا وَكَذَا وَعَنْ سَيِّدنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال من وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ أو على وَجْهِ صَدَقَةٍ فإنه لَا يَرْجِعُ فيها وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً يَرَى أَنَّهُ أَرَادَ بها الثَّوَابَ فَهُوَ على هِبَتِهِ يَرْجِعُ فيها إنْ لم يَرْضَ عنها
وَنَحْوِهِ من الدَّلَائِلِ الْمُقْتَضِيَةِ لِشَرْعِيَّةِ الْهِبَةِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين ما قَرَنَ بها شرط (((شرطا))) فاسد (((فاسدا))) أو لم يَقْرِنْ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا وَهَبَ جَارِيَةً وَاسْتَثْنَى ما في بَطْنِهَا أو وَهَبَ حَيَوَانًا وَاسْتَثْنَى ما في بَطْنِهِ أَنَّ الْهِبَةَ جَائِزَةٌ في الْأُمِّ وَالْوَلَدِ جميعا وَالِاسْتِثْنَاءُ بَاطِلٌ وَالْكُلُّ لِلْمَوْهُوبِ له
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في الْعُقُودِ التي فيها اسْتِثْنَاءُ الْحَمْلِ أنها أَقْسَامٌ ثَلَاثَةٌ قِسْمٌ منها يَبْطُلُ وَيَبْطُلُ الِاسْتِثْنَاءُ جميعا وَقِسْمٌ منها يَصِحُّ وَيَبْطُلُ الِاسْتِثْنَاءُ وَقِسْمٌ منها يَصِحُّ وَيَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ الْبَيْعُ وَالْإِجَارَةُ وَالْكِتَابَةُ وَالرَّهْنُ لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ لِمَا في الْبَطْنِ بِمَنْزِلَةِ شَرْطٍ فَاسِدٍ وَهَذِهِ الْعُقُودُ تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ
وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي فَالْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالنِّكَاحُ وَالْخُلْعُ وَالصُّلْحُ عن دَمِ الْعَمْدِ لِأَنَّ هذه الْعُقُودَ

لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ فَيَصِحُّ الْعَقْدُ وَيَبْطُلُ الِاسْتِثْنَاءُ وَيَدْخُلُ الْأُمُّ وَالْوَلَدُ جميعا في الْعَقْدِ لِأَنَّ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ وهو الِاسْتِثْنَاءُ فيها إذَا لم يصح (((يصلح))) الْتَحَقَ بِالْعَدَمِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لم يَسْتَثْنِ وَكَذَا الْعِتْقُ بِأَنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً وَاسْتَثْنَى ما في بَطْنِهَا أَنَّهُ يَصِحُّ الْعِتْقُ وَلَا يَصِحُّ الِاسْتِثْنَاءُ حتى يَعْتِقَ الْأُمَّ وَالْوَلَدَ جميعا لِمَا قُلْنَا
وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّالِثُ فَالْوَصِيَّةُ بِأَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ وَاسْتَثْنَى ما في بَطْنِهَا

لِأَنَّهُ لَمَا جَعَلَ الْجَارِيَةَ وَصِيَّةً له وَاسْتَثْنَى ما في بَطْنِهَا فَقَدْ أَبْقَى ما في بَطْنِهَا مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ وَالْمِيرَاثُ يجري فِيمَا في الْبَطْنِ وَهَذَا بِخِلَافِ ما إذَا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ لِرَجُلٍ وَاسْتَثْنَى خِدْمَتَهَا وَغَلَّتَهَا لِوَرَثَتِهِ أَنَّهُ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ وَيَبْطُلُ الِاسْتِثْنَاءُ لِأَنَّ الْغَلَّةَ وَالْخِدْمَةَ لَا يجري فِيهِمَا الْمِيرَاثُ بِانْفِرَادِهِمَا بِدُونِ الْأَصْلِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو أَوْصَى بِخِدْمَتِهَا وَغَلَّتِهَا لِإِنْسَانٍ وَمَاتَ الْمُوصِي ثُمَّ مَاتَ الْمُوصَى له بَعْدَ الْقَبُولِ لَا تَصِيرُ الْغَلَّةُ وَالْخِدْمَةُ مِيرَاثًا لِوَرَثَةِ الْمُوصَى له بَلْ تَعُودُ إلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي وَبِمِثْلِهِ لو أَوْصَى بِمَا في بَطْنِ جَارِيَتِهِ لِإِنْسَانٍ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فإن الْوَلَدَ يَصِيرُ مِيرَاثًا لِوَرَثَةِ الْمُوصَى له وما افْتَرَقَا إلَّا لِمَا ذَكَرْنَا وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَإِنْ كانت الْقَرِينَةُ مَنْفَعَةً بِأَنْ قال دَارِي لَك سُكْنَى أو عُمْرَى سُكْنَى أو صَدَقَةً سُكْنَى أو هِبَةً سُكْنَى أو سُكْنَى هِبَةً أو هِيَ لك عُمْرَى عَارِيَّةً وَدَفَعَهَا إلَيْهِ فَهَذَا كُلُّهُ عَارِيَّةٌ لِأَنَّهُ لَمَّا ذَكَرَ السُّكْنَى في قَوْلِهِ دَارِي لك سُكْنَى أو عمري سُكْنَى أو صَدَقَةً سُكْنَى دَلَّ على أَنَّهُ أَرَادَ تَمْلِيكَ الْمَنَافِعِ لِأَنَّ قَوْلَهُ هذا لك ظَاهِرة وَإِنْ كان لتملك (((لتمليك))) الْعَيْنِ لَكِنَّهُ يَحْتَمِلُ تَمْلِيكَ الْمَنْفَعَةِ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ إلَى الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ مَنْفَعَةٌ عُرْفًا وَشَرْعًا
وَقَوْلُهُ سُكْنَى مَوْضُوعٌ لِلْمَنْفَعَةِ لَا تُسْتَعْمَلُ إلَّا لها فَكَانَ مُحْكَمًا فَجُعِلَ تَفْسِيرًا لِلْمُحْتَمِلِ وَبَيَانًا أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ تَمْلِيكَ الْمَنْفَعَةِ وَتَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ عِوَضٍ هو تَفْسِيرُ الْعَارِيَّةِ وَكَذَا قَوْلُهُ سُكْنَى بَعْدَ ذِكْرِ الْهِبَةِ يَكُونُ تَفْسِيرًا لِلْهِبَةِ لِأَنَّ قَوْلَهُ هِبَةٌ يَحْتَمِلُ هِبَةَ الْعَيْنِ وَيَحْتَمِلُ هِبَةَ الْمَنَافِعِ فإذا قال سُكْنَى فَقَدْ عَيَّنَ هِبَةَ الْمَنَافِعِ فَكَانَ بَيَانًا لِمُرَادِ الْمُتَكَلِّمِ أَنَّهُ أَرَادَ هِبَةَ الْمَنَافِعِ وَهِبَةُ الْمَنْفَعَةِ تَمْلِيكُهَا من غَيْرِ عِوَضٍ وهو مَعْنَى الْعَارِيَّةِ
وإذا قال سُكْنَى هِبَةً فَمَعْنَاهَا أَنَّ سُكْنَى الدَّارِ هِبَةٌ لك فَكَانَ هِبَةُ الْمَنْفَعَةِ وهو تَفْسِيرُ الْعَارِيَّةِ
وَلَوْ قال هِيَ لك عمري تَسْكُنُهَا أو هِبَةً تَسْكُنُهَا أو صَدَقَةً تَسْكُنُهَا وَدَفَعَهَا إلَيْهِ فَهُوَ هِبَةٌ لِأَنَّهُ ما فَسَّرَ الْهِبَةَ بِالسُّكْنَى لِأَنَّهُ لم يَجْعَلْهُ نَعْتًا فَيَكُونُ بَيَانًا لِلْمُحْتَمِلِ بَلْ وَهَبَ الدَّارَ منه ثُمَّ شَاوَرَهُ فِيمَا يَعْمَلُ بِمِلْكِهِ وَالْمَشُورَةُ في مِلْكِ الْغَيْرِ بَاطِلَةٌ فَتَعَلَّقَتْ الْهِبَةُ بِالْعَيْنِ
وَقَوْلُهُ تَسْكُنُهَا بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ لِتَسْكُنَهَا كما إذَا قال وَهَبْتُهَا لك لِتُؤَاجِرَهَا وَلَوْ قال هِيَ لك تَسْكُنُهَا كانت هِبَةً أَيْضًا لِأَنَّ الْإِضَافَةَ بِحَرْفِ اللَّامِ إلَى من هو أَهْلُ الْمِلْكِ لِلتَّمْلِيكِ وَقَوْلُهُ تَسْكُنُهَا مَشُورَةٌ على ما بَيَّنَّا
فَصْلٌ وَأَمَّا الشَّرَائِطُ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الرُّكْنِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْوَاهِبِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَوْهُوبِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَوْهُوبِ له
أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ مُعَلَّقًا بِمَا له خَطَرُ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ من دُخُولِ زَيْدٍ وَقُدُومِ خَالِدٍ وَالرُّقْبَى وَنَحْوِ ذلك وَلَا مُضَافًا إلَى وَقْتٍ بِأَنْ يَقُولَ وَهَبْتُ هذا الشَّيْءَ مِنْك غَدًا أو رَأْسَ شَهْرِ كَذَا لِأَنَّ الْهِبَةَ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ لِلْحَالِ وإنه لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالْخَطَرِ وَالْإِضَافَةُ إلَى الْوَقْتِ كَالْبَيْعِ
وَأَمَّا ما يَرْجِعُ إلَى الْوَاهِبِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ لِأن الْهِبَةَ تَبَرُّعٌ فَلَا يَمْلِكُهَا من لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ فَلَا تَجُوزُ هِبَةُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ لِأَنَّهُمَا لَا يَمْلِكَانِ التَّبَرُّعَ لِكَوْنِهِ ضَرَرًا مَحْضًا لَا يُقَابِلُهُ نَفْعٌ دُنْيَوِيٌّ فَلَا يَمْلِكُهَا الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ
وَكَذَا الْأَبُ لَا يَمْلِكُ هِبَةَ مَالِ الصَّغِيرِ من غَيْرِ شَرْطِ الْعِوَضِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ الْمُتَبَرِّعَ بِمَالِ الصَّغِيرِ قُرْبَانُ مَالِهِ لَا على وَجْهِ الْأَحْسَنِ وَلِأَنَّهُ لَا يُقَابِلُهُ نفه (((نفع))) دُنْيَوِيٌّ وقد قال اللَّهُ تعالى عز شَأْنَهُ { وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إلَّا بِاَلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ } وَلِأَنَّهُ إذَا لم يُقَابِلْهُ عِوَضٌ دُنْيَوِيٌّ كان التَّبَرُّعُ ضَرَرًا مَحْضًا

وَتَرَكَ الْمَرْحَمَةِ في حَقِّ الصَّغِيرِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ وِلَايَةِ الْوَلِيِّ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا ضَرَرَ وَلَا إضرار (((ضرار))) في الْإِسْلَامِ وَقَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من لَا يَرْحَمُ صَغِيرَنَا فَلَيْسَ مِنَّا وَلِهَذَا لم يَمْلِكْ طَلَاقَ امْرَأَتِهِ وَإِعْتَاقَ عَبْدِهِ وَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ الضَّارَّةِ الْمَحْضَةِ
وَإِنْ شَرَطَ الْأَبُ الْعِوَضَ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وقال مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ وَعَلَى هذا هِبَةُ الْمُكَاتَبِ وَالْمَأْذُونِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَهُمَا سَوَاءٌ كان بِعِوَضٍ أو بِغَيْرِ عِوَضٍ وَعِنْدَهُ يَجُوزُ بِشَرْطِ الْعِوَضِ
وَالْأَصْلُ عِنْدَهُمَا أَنَّ كُلَّ من لَا يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ لَا يَمْلِكُ الْهِبَةَ لَا بِعِوَضٍ وَلَا بِغَيْرِ عِوَضٍ
وَالْأَصْلُ عِنْدَهُ أَنَّ كُلَّ من يَمْلِكُ الْبَيْعَ يَمْلِكُ الْهِبَةَ بِعِوَضٍ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الْهِبَةَ تَمْلِيكٌ فإذا شَرَطَ فيها الْعِوَضَ كانت تَمْلِيكًا بِعِوَضٍ وَهَذَا

تَفْسِيرُ الْبَيْعِ وَإِنَّمَا اخْتَلَفَتْ الْعِبَارَةُ وَلَا عِبْرَةَ بِاخْتِلَافِهَا بَعْدَ اتِّفَاقِ الْمَعْنَى كَلَفْظِ الْبَيْعِ مع لَفْظَةِ التَّمْلِيكِ
وَلَهُمَا أَنَّ الْهِبَةَ بِشَرْطِ الْعِوَضِ تَقَعُ تَبَرُّعًا ابْتِدَاءً ثُمَّ تَصِيرُ بَيْعًا في الِانْتِهَاءِ بِدَلِيلِ أنها تُفِيدُ الْمِلْكَ قبل الْقَبْضِ وَلَوْ وَقَعَتْ بَيْعًا من حِينِ وُجُودِهَا لَمَا تَوَقَّفَ الْمِلْكُ فيه على الْقَبْضِ لِأَنَّ الْبَيْعَ يُفِيدَ الْمِلْكَ بِنَفْسِهِ دَلَّ أنها وَقَعَتْ تَبَرُّعًا ابْتِدَاءً
وَهَؤُلَاءِ لَا يَمْلِكُونَ التَّبَرُّعَ فلم تَصِحَّ الْهِبَةُ حين وُجُودِهَا فَلَا يُتَصَوَّرُ أَنْ تَصِيرَ بَيْعًا بَعْدَ ذلك
وَأَمَّا ما يَرْجِعُ إلَى الْمَوْهُوبِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا وَقْتَ الْهِبَةِ فَلَا تَجُوزُ هِبَةُ ما ليس بِمَوْجُودٍ وَقْتَ الْعَقْدِ بِأَنْ وَهَبَ ما يُثْمِرُ نخلة الْعَامَ وما تَلِدُ أَغْنَامُهُ السَّنَةَ وَنَحْوِ ذلك بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ
وَالْفَرْقُ أَنَّ الْهِبَةَ تَمْلِيكٌ لِلْحَالِ وَتَمْلِيكُ الْمَعْدُومِ مُحَالٌ وَالْوَصِيَّةُ تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْإِضَافَةُ لَا تَمْنَعُ جَوَازَهَا
وَكَذَلِكَ لو وَهَبَ ما في بَطْنِ هذه الْجَارِيَةِ أو ما في بَطْنِ هذه الشَّاةِ أو ما في ضَرْعِهَا لَا يَجُوزُ وَإِنْ سَلَّطَهُ على الْقَبْضِ عِنْدَ الْوِلَادَةِ وَالْحَلْبِ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ لِتَصْحِيحِهِ لِلْحَالِ لِاحْتِمَالِ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ لِأَنَّ انْتِفَاخَ الْبَطْنِ قد يَكُونُ لِلْحَمْلِ وقد يَكُونُ لِدَاءٍ في الْبَطْنِ وَغَيْرِهِ وَكَذَا انْتِفَاخُ الضَّرْعِ قد يَكُونُ بِاللَّبَنِ وقد يَكُونُ بِغَيْرِهِ فَكَانَ له خَطَرُ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ وَلَا سَبِيلَ لِتَصْحِيحِهِ بِالْإِضَافَةِ إلَى ما بَعْدَ زَمَانِ الْحُدُوثِ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ بِالْهِبَةِ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ إلَى الْوَقْتِ فَبَطَلَ وَلِهَذَا لايجوز بَيْعُهُ بِخِلَافِ ما إذَا وَهَبَ الدَّيْنَ من غَيْرِ من عليه الدَّيْنُ وَسَلَّطَهُ على الْقَبْضِ أَنَّهُ يَصِحُّ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ لِلْحَالِ لِكَوْنِ الْمَوْهُوبِ مَوْجُودًا مَمْلُوكًا لِلْحَالِ مَقْدُورَ الْقَبْضِ بِطَرِيقِهِ على ما سَنَذْكُرُهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَكَذَلِكَ لو وَهَبَ زبدا (((زبدا))) في لَبَنٍ أو دُهْنًا في سِمْسِمٍ أو دَقِيقًا في حِنْطَةٍ لَا يَجُوزُ وَإِنْ سَلَّطَهُ على قَبْضِهِ عِنْد حُدُوثِهِ لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ لِلْحَالِ فلم يُوجَدْ مَحَلَّ حُكْمِ الْعَقْدِ لِلْحَالِ فلم يَنْعَقِدْ وَلَا سَبِيلَ إلَى الْإِضَافَةِ إلَى وَقْتِ الْحُدُوثِ فَبَطَلَ أَصْلًا بِخِلَافِ ما إذَا وَهَبَ صُوفًا على ظَهْرِ الْغَنَمِ وَجَزَّهُ وَسَلَّمَهُ أَنَّهُ يَجُوز

لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ مَوْجُودٌ مَمْلُوكٌ لِلْحَالِ إلَّا أَنَّهُ لم يَنْفُذْ لِلْحَالِ لِمَانِعٍ وهو كَوْنُ الْمَوْهُوبِ مَشْغُولًا بِمَا ليس بِمَوْهُوبٍ فإذا جَزَّهُ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ لِزَوَالِ الشَّغْلِ فَيَنْفُذُ عِنْدَ وُجُودِ الْقَبْضِ كما لو وَهَبَ شِقْصًا مُشَاعًا ثُمَّ قَسَّمَهُ وَسَلَّمَهُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَالًا مُتَقَوِّمًا فَلَا تَجُوزُ هِبَةُ ما ليس بِمَالٍ أَصْلًا كَالْحُرِّ وَالْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَصَيْدِ الْحَرَمِ وَالْإِحْرَامِ وَالْخِنْزِيرِ وَغَيْرِ ذلك على ما ذَكَرْنَا في الْبُيُوعِ وَلَا هِبَةُ ما ليس بِمَالٍ مُطْلَقٍ كَأُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ الْمُطْلَقِ وَالْمُكَاتَبِ لِكَوْنِهِمْ أَحْرَارًا من وَجْهٍ وَلِهَذَا لم يَجُزْ بَيْعُ هَؤُلَاءِ وَلَا هِبَةُ ما ليس بِمُتَقَوِّمٍ كَالْخَمْرِ وَلِهَذَا لم يَجُزْ بَيْعُهَا
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا في نَفْسِهِ فَلَا تَجُوزُ هِبَةُ الْمُبَاحَاتِ لِأَنَّ الْهِبَةَ تَمْلِيكٌ وَتَمْلِيكُ ما ليس بِمَمْلُوكٍ مُحَالٌ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِلْوَاهِبِ فَلَا تَجُوزُ هِبَةُ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لِاسْتِحَالَةِ تَمْلِيكِ ما ليس بِمَمْلُوكٍ وَإِنْ شِئْتَ رَدَدْتَ هذا الشَّرْطَ إلَى الْوَاهِبِ وَكُلُّ ذلك صَحِيحٌ لِأَنَّ الْمَالِكَ وَالْمَمْلُوكَ من الْأَسْمَاءِ الْإِضَافِيَّةِ وَالْعَلَقَةُ التي تَدُورُ عليها الْإِضَافَةُ هِيَ الْمِلْكُ فَيَجُوزُ رَدُّ هذا الشَّرْطِ إلَى الْمَوْهُوبِ وَيَجُوزُ رَدُّهُ إلَى الْوَاهِبِ في صِنَاعَةِ التَّرْتِيبِ فَافْهَمْ وَسَوَاءٌ كان الْمَمْلُوكُ عَيْنًا أو دَيْنًا فَتَجُوزُ هِبَةُ الدَّيْنِ لِمَنْ عليه الدَّيْنُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا
وَأَمَّا هِبَةُ الدَّيْنِ لِغَيْرِ من عليه الدَّيْنُ فَجَائِزٌ أَيْضًا إذَا أَذِنَ له بِالْقَبْضِ وَقَبَضَهُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ وَإِنْ أَذِنَ له بِالْقَبْضِ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ جَوَازِ الْهِبَةِ وما في الذِّمَّةِ لَا يَحْتَمِلُ الْقَبْضَ بِخِلَافِ ما إذَا وَهَبَ لِمَنْ عليه لِأَنَّ الدَّيْنَ في ذِمَّتِهِ وَذِمَّتُهُ في قَبْضِهِ فَكَانَ الدَّيْنُ في قَبْضِهِ بِوَاسِطَةِ قَبْضِ الذِّمَّةِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ ما في الذِّمَّةِ مَقْدُورُ التَّسْلِيمِ وَالْقَبْضِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَدْيُونَ يُجْبَرُ على تَسْلِيمِهِ إلَّا أَنَّ قَبْضَهُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ فإذا قَبَضَ الْعَيْنَ قام قَبْضُهَا مَقَامَ قَبْضِ عَيْنِ ما في الذِّمَّةِ إلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ من الْإِذْنِ بِالْقَبْضِ صَرِيحًا وَلَا يكتفي فيه بِالْقَبْضِ بِحَضْرَةِ الْوَاهِبِ بِخِلَافِ هِبَةِ الْعَيْنِ لِمَا نَذْكُرهُ في مَوْضِعِهِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَحُوزًا فَلَا تَجُوزُ هِبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا يُقَسَّمُ وَتَجُوزُ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ كَالْعَبْدِ وَالْحَمَّامِ وَالدَّنِّ وَنَحْوِهَا وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس بِشَرْطٍ وَتَجُوزُ هِبَةَ الْمُشَاعِ فِيمَا يُقَسَّمُ وَفِيمَا لَا يُقَسَّمُ عِنْدَهُ وَاحْتَجَّ بِظَاهِرِ قَوْلِهِ عز وجل { فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ إلَّا أَنْ يَعْفُونَ } أَوْجَبَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى نِصْفَ الْمَفْرُوضِ في الطَّلَاقِ قبل الدُّخُولِ إلَّا أَنْ يُوجَدَ الْحَطُّ من الزَّوْجَاتِ عن النِّصْفِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين الْعَيْنِ وَالدَّيْنِ وَالْمُشَاعِ وَالْمَقْسُومِ فَيَدُلُّ على جَوَازِ هِبَةِ الْمُشَاعِ في الْجُمْلَةِ
وَبِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ أَنَّهُ لَمَّا شَدَّدَ في الْغُلُولِ في الْغَنِيمَةِ في بَعْضِ الْغَزَوَاتِ فَقَامَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ إلَى سَنَامِ بَعِيرٍ وَأَخَذَ منه

وَبَرَةً ثُمَّ قال أَمَا إنِّي لَا يَحِلُّ لي من غَنِيمَتِكُمْ وَلَوْ بِمِثْلِ هذه الْوَبَرَةِ إلَّا الْخُمُسَ وَالْخُمُسُ مَرْدُودٌ فِيكُمْ رُدُّوا الْخَيْطَ وَالْمِخْيَطَ فإن الْغُلُولَ عَارٌ وَشَنَارٌ على صَاحِبِهِ إلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ فَجَاءَ أَعْرَابِيٌّ بِكُبَّةٍ من شَعْرٍ فقال أَخَذْتُهَا لِأُصْلِحَ بها بَرْذَعَةَ بَعِيرِي يا رَسُولَ اللَّهِ فقال أَمَّا نَصِيبِي فَهُوَ لك وَسَأُسَلِّمُكَ الْبَاقِيَ وَهَذَا

هِبَةُ الْمَشَاعِ فِيمَا يُقَسَّمُ وَرُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ نَزَلَ على أبي أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيِّ رضي اللَّهُ عنه فَنَظَرَ إلَى مَوْضِعِ الْمَسْجِدِ فَوَجَدَهُ بين أَسْعَدَ بن زُرَارَةَ وَبَيْنَ رَجُلَيْنِ من قَوْمِهِ فَاسْتَبَاعَ أَسْعَدُ نَصِيبَهُمَا لِيَهَبَ الْكُلَّ من رسول اللَّهِ فَأَبَيَا ذلك فَوَهَبَ أَسْعَدُ نَصِيبَهُ من النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَوَهَبَا أَيْضًا نَصِيبَهُمَا من رسول اللَّهِ فَقَدْ قَبِلَ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْهِبَةَ في نَصِيبِ أَسْعَدَ وَقَبِلَ في نَصِيبِ الرَّجُلَيْنِ أَيْضًا وَلَوْ لم يَكُنْ جَائِزًا لَمَا قَبِلَ لِأَنَّ أَدْنَى حَالِ فِعْلِ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْجَوَازُ وَلِأَنَّ الشِّيَاعَ لَا يَمْنَعُ حُكْمَ هذا التَّصَرُّفِ وَلَا شَرْطَهُ لِأَنَّ حُكْمَ الْهِبَةِ الْمِلْكُ وَالشِّيَاعُ لَا يَمْنَعُ الْمِلْكَ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الْمُشَاعِ وَكَذَا هِبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ وَشَرْطُهُ هو الْقَبْضُ وَالشُّيُوعُ لَا يَمْنَعُ الْقَبْضَ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ قَابِضًا لِلنِّصْفِ الْمُشَاعِ بِتَخْلِيَةِ الْكُلِّ وَلِهَذَا جَازَتْ هِبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ وَإِنْ كان الْقَبْضُ فيها شَرْطًا لِثُبُوتِ الْمِلْكِ
كَذَا هذا
وَلَنَا إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ فإنه رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا أَبَا بَكْرٍ رضي الله عنه قال في مَرَضِ مَوْتِهِ لِسَيِّدَتِنَا عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها إنَّ أَحَبَّ الناس إلَيَّ غِنًى أَنْتِ وَأَعَزَّهُمْ عَلَيَّ فَقْرًا أَنْتِ وَإِنِّي كنت نَحَلْتُكِ جِدَادَ عِشْرِينَ وَسْقًا من مَالِي بِالْعَالِيَةِ وَإِنَّكِ لم تَكُونِي قَبَضْتِيهِ وَلَا جَذَيْتِيهِ وَإِنَّمَا هو الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ اعْتَبَرَ سَيِّدُنَا الصِّدِّيقُ رضي اللَّهُ عنه الْقَبْضَ وَالْقِيمَةَ في الْهِبَةِ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ لِأَنَّ الْحِيَازَةَ في اللُّغَةِ جَمْعُ الشَّيْءِ الْمُفَرَّقِ في حَيِّزٍ وَهَذَا مَعْنَى الْقِسْمَةِ لِأَنَّ الْأَنْصِبَاءَ الشَّائِعَةَ قبل الْقِسْمَةِ كانت مُتَفَرِّقَةً وَالْقِسْمَةُ تَجْمَعُ كُلَّ نَصِيبٍ في حَيِّزٍ
وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه قال ما بَالُ أَحَدِكُمْ يَنْحَلُ وَلَدَهُ نُحْلًا لَا يَحُوزُهَا وَلَا يَقْسِمُهَا وَيَقُولُ إنْ مِتُّ فَهُوَ له وَإِنْ مَاتَ رَجَعَتْ إلَيَّ وَأَيْمُ اللَّهِ لَا يَنْحَلُ أحدكم وَلَدَهُ نُحْلَى لَا يجوزها (((يجوزها))) وَلَا يَقْسِمُهَا فَيَمُوتُ إلَّا جَعَلْتُهَا مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ وَالْمُرَادُ من الْحِيَازَةِ الْقَبْضُ هُنَا لِأَنَّهُ ذَكَرَهَا بِمُقَابَلَةِ الْقِسْمَةِ حتى لَا يُؤَدِّيَ إلَى التَّكْرَارِ أَخْرَجَ الْهِبَةَ من أَنْ تَكُونَ مُوجِبَةً لِلْمِلْكِ بِدُونِ الْقَبْضِ وَالْقِسْمَةِ
وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال من وَهَبَ ثُلُثَ كَذَا أو رُبْعَ كَذَا لَا يَجُوزُ ما لم يُقَاسِمْ وَكُلُّ ذلك بِمَحْضَرٍ من أَصْحَابِ رسول اللَّهِ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليهم مُنْكِرٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا
وَلِأَنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ جَوَازِ هذا الْعَقْدِ وَالشُّيُوعُ يَمْنَعُ من الْقَبْضِ لِأَنَّ مَعْنَى الْقَبْضِ هو التَّمَكُّنُ من التَّصَرُّفِ في الْمَقْبُوضِ وَالتَّصَرُّفُ في النِّصْفِ الشَّائِعِ وَحْدَهُ لَا يُتَصَوَّرُ فإن سُكْنَى نِصْفَ الدَّارِ شَائِعًا وَلُبْسَ نِصْفِ الثَّوْبِ شَائِعًا مُحَالٌ وَلَا يَتَمَكَّنُ من التَّصَرُّفِ فيه بِالتَّصَرُّفِ في الْكُلِّ لِأَنَّ الْعَقْدَ لم يَتَنَاوَلْ الْكُلَّ وَهَكَذَا نَقُولُ في الْمُشَاعِ الذي لَا يُقَسَّمُ أَنَّ مَعْنَى الْقَبْضِ هُنَاكَ لم يُوجَدْ لِمَا قُلْنَا إلَّا أَنَّ هُنَاكَ ضَرُورَةً لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَى هِبَةِ بَعْضِهِ وَلَا حُكْمَ لِلْهِبَةِ بِدُونِ الْقَبْضِ وَالشِّيَاعُ مَانِعٌ من الْقَبْضِ الْمُمَكِّنِ لِلتَّصَرُّفِ وَلَا سَبِيلَ إلَى إزَالَةِ الْمَانِعِ بِالْقِسْمَةِ لِعَدَمِ احْتِمَالِ الْقِسْمَةِ فَمَسَّتْ الضَّرُورَةُ إلَى الْجَوَازِ وَإِقَامَةِ صُورَةِ التَّخْلِيَةِ مَقَامَ الْقَبْضِ الْمُمَكِّنِ من التَّصَرُّفِ وَلَا ضَرُورَةَ هُنَا لِأَنَّ الْمَحَلَّ مُحْتَمِلٌ لِلْقِسْمَةِ فَيُمْكِنُ إزَالَةَ الْمَانِعِ من الْقَبْضِ الْمُمَكِّنِ بِالْقِسْمَةِ
أو نَقُولَ الصَّحَابَةُ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ شَرَطُوا الْقَبْضَ الْمُطْلَقَ وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إلَى الْكَامِلِ وَقَبْضُ الْمُشَاعِ قَبْضٌ قَاصِرٌ لِوُجُودِهِ من حَيْثُ الصُّورَةِ دُونَ الْمَعْنَى على ما بَيَّنَّا إلَّا أَنَّهُ اكتفي بِالصُّورَةِ في الْمُشَاعِ الذي لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لِلضَّرُورَةِ التي ذَكَرْنَا وَلَا ضَرُورَةَ هُنَا فَلَزِمَ اعْتِبَارُ الْكَمَالِ في الْقَبْضِ وَلَا يُوجَدُ

في الْمُشَاعِ وَلِأَنَّ الْهِبَةَ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَلَوْ صَحَّتْ في مُشَاعٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لَصَارَ عَقْدُ ضَمَانٍ لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ له يَمْلِكُ مُطَالَبَةَ الْوَاهِبِ بِالْقِسْمَةِ فَيَلْزَمُهُ ضَمَانُ الْقِسْمَةِ فَيُؤَدِّي إلَى تَغْيِيرِ الْمَشْرُوعِ وَلِهَذَا تَوَقَّفَ الْمِلْكُ في الْهِبَةِ على الْقَبْضِ لِمَا أَنَّهُ لو مَلَكَهُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ لَثَبَتَتْ له وِلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ بِالتَّسْلِيمِ فَيُؤَدِّي إلَى إيجَابِ الضَّمَانِ في عَقْدِ التَّبَرُّعِ وَفِيهِ تَغْيِيرُ الْمَشْرُوعِ كذا هذا بِخِلَافِ مُشَاعٍ لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لِأَنَّ هُنَاكَ لَا يُتَصَوَّرُ إيجَابُ الضَّمَانِ على الْمُتَبَرِّعِ لِأَنَّ الضَّمَانَ ضَمَانُ الْقِسْمَةِ وَالْمَحِلُّ لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَهُوَ الْفَرْقُ
وَأَمَّا الْآيَةُ فَلَا حُجَّةَ له فيها لِأَنَّ الْمُرَادَ من الْمَفْرُوضِ الدَّيْنُ لَا الْعَيْنِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ قال { إلَّا أَنْ يَعْفُونَ } وَالْعَفْوُ إسْقَاطٌ وَإِسْقَاطُ الْأَعْيَانِ لَا يُعْقَلُ وَكَذَا الْغَالِبُ في الْمَهْرِ أَنْ يَكُونَ

دَيْنًا وَهِبَةُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عليه الدَّيْنُ جَائِزٌ لِأَنَّهُ إسْقَاطُ الدَّيْنِ عنه وإنه جَائِزٌ في الْمُشَاعِ
وَأَمَّا حَدِيثُ الْكُبَّةِ فَيَحْتَمِلُ أَنَّ النبي وَهَبَ نَصِيبَهُ منه وَاسْتَوْهَبَ الْبَقِيَّةَ من أَصْحَابِ الْحُقُوقِ فَوَهَبُوا وَسَلَّمُوا الْكُلَّ جُمْلَةً وفي الحديث ما يَدُلُّ عليه فإنه قال قال رسول اللَّهِ وَسَأُسَلِّمُكَ الْبَاقِي وما كان هو عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِيَخْلِفَ في وَعْدِهِ وَهِبَةُ الْمُشَاعِ على هذا السَّبِيلِ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا على أَنَّ ذلك كان هِبَةِ مُشَاعٍ لَا يَنْقَسِمُ من حَيْثُ الْمَعْنَى لِأَنَّ كُبَّةً وَاحِدَةً لو قُسِمَتْ على الْجَمِّ الْغَفِيرِ لَا يُصِيبُ كُلًّا منهم إلَّا نَزْرٌ حَقِيرٌ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ فَكَانَ في مَعْنَى مُشَاعٍ لَا يَنْقَسِمُ
وَأَمَّا حَدِيثُ أَسْعَدَ بن زُرَارَةَ فَحِكَايَةُ حَالٍ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ وَهَبَ نَصِيبَهُ وَشَرِيكَاهُ وَهَبَا نَصِيبَهُمَا منه وَسَلَّمُوا الْكُلَّ جُمْلَةً وَهَذَا جَائِزٌ عِنْدَنَا وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْأَنْصِبَاءَ كانت مَقْسُومَةً مُفْرَزَةً وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ في مِثْلِ هذا بَيْنَهُمْ إذَا كانت الْجُمْلَةُ مُتَّصِلَةً بَعْضُهَا بِبَعْضٍ كَقَرْيَةٍ بين جَمَاعَةٍ أنها تُضَافُ إلَيْهِمْ وَإِنْ كانت أَنْصِبَاؤُهُمْ مَقْسُومَةً وَاحْتَمَلَ بِخِلَافِهِ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ لِأَنَّ حِكَايَةَ الْحَالِ لَا عُمُومَ له
وَلَوْ قَسَمَ ما وَهَبَ وَأَفْرَزَهُ ثُمَّ سَلَّمَهُ إلَى الْمَوْهُوبِ له جَازَ لِأَنَّ هِبَةَ الْمُشَاعِ عِنْدَنَا مُنْعَقِدٌ مَوْقُوفٌ نَفَاذُهُ على الْقِسْمَةِ وَالْقَبْضُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ هو الصَّحِيحُ إذْ الشُّيُوعُ لَا يَمْنَعُ رُكْنَ الْعَقْدِ وَلَا حُكْمَهُ وهو الْمِلْكُ وَلَا سَائِرِ الشَّرَائِطِ إلَّا الْقَبْضُ الْمُمَكِّنُ من التَّصَرُّفِ فإذا قَسَمَ وَقَبَضَ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ من النَّفَاذِ فَيَنْفُذُ
وَحَدِيثُ الصِّدِّيقِ رضي اللَّهُ عنه لَا يَدُلُّ عليه فإنه قال لِسَيِّدَتِنَا عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها إنِّي كنت نَحَلْتُكِ جِدَادَ عِشْرِينَ وَسْقًا من مَالِي وكان ذلك هِبَةَ الْمُشَاعِ فِيمَا يَنْقَسِمُ لِأَنَّ النَّحْلَ من أَلْفَاظِ الْهِبَةِ وَلَوْ لم يَنْعَقِدْ لَمَا فَعَلَهُ الصِّدِّيقُ رضي اللَّهُ عنه لِأَنَّهُ ما كان لِيَعْقِدَ عَقْدًا بَاطِلًا فَدَلَّ قَوْلُ الصِّدِّيقِ رضي اللَّهُ عنه على انْعِقَادِ الْعَقْدِ في نَفْسِهِ وَتَوَقُّفِ حُكْمِهِ على الْقِسْمَةِ وَالْقَبْضِ وهو عَيْنُ مَذْهَبِنَا وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
وَكَذَلِكَ لو وَهَبَ نِصْفَ دَارِهِ من رَجُلٍ ولم يُسَلِّمْ إلَيْهِ ثُمَّ وَهَبَ منه النِّصْفَ الْآخَرَ وسلم إلَيْهِ جُمْلَةً جَازَ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ وَهَبَ منه نِصْفَ الدَّارِ وسلم إلَيْهِ بتخلية (((بنحلة))) الْكُلِّ ثُمَّ وَهَبَ

منه النِّصْفَ الْآخَرَ وسلم لم تَجُزْ الْهِبَةُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هِبَةُ الْمُشَاعِ وَهِبَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا يُقْسَمُ لَا تَنْفُذُ إلَّا بِالْقِسْمَةِ وَالتَّسْلِيمِ وَيَسْتَوِي فيه الْجَوَابُ في هِبَةِ الْمُشَاعِ بين أَنْ يَكُونَ من أَجْنَبِيٍّ أو شركة شَرِيكِهِ كُلُّ ذلك يَجُوزُ لِقَوْلِ جَمَاعَةٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ لَا تَجُوزُ الْهِبَةُ إلَّا مَقْبُوضَةً مَحُوزَةً من غَيْرِ فَصْلٍ وَلِأَنَّ الْمَانِعَ هو الشِّيَاعُ عِنْدَ الْقَبْضِ وقد وُجِدَ وَعَلَى هذا الْخِلَافِ صَدَقَةُ الْمُشَاعِ فِيمَا يَنْقَسِمُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الشِّيَاعَ لَا يَمْنَعُ حُكْمَ التَّصَرُّفِ وهو الْمِلْكُ وَلَا شَرْطَهُ وهو الْقَبْضُ وَلَا يَمْنَعُ جَوَازَهُ كَالْمَفْرُوضِ
وَلَنَا أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ جَوَازِ الصَّدَقَةِ وَمَعْنَى الْقَبْضِ لَا يَتَحَقَّقُ في الشَّائِعِ أو لَا يَتَكَامَلُ فيه لِمَا بَيَّنَّا في الْهِبَةِ
وَلِأَنَّ التَّصَدُّقَ تَبَرُّعٌ كَالْهِبَةِ وَتَصْحِيحُهُ في الْمُشَاعِ يُصَيِّرُهَا عَقْدَ ضَمَانٍ فَيَتَغَيَّرُ الْمَشْرُوعُ على ما بينا (((ينافي))) في الْهِبَةِ
وَلَوْ وَهَبَ شيئا يَنْقَسِمُ من رَجُلَيْنِ كَالدَّارِ وَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَنَحْوِهَا وَقَبَضَاهُ لم يَجُزْ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَجَازَ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ وَأَجْمَعُوا على أَنَّهُ لو وَهَبَ رَجُلَانِ من وَاحِدٍ شيئا يَنْقَسِمُ وَقَبَضَهُ أَنَّهُ يَجُوزُ فَأَبُو حَنِيفَةَ يَعْتَبِرُ الشُّيُوعَ عِنْدَ الْقَبْضِ وَهُمَا يَعْتَبِرَانِهِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَالْقَبْضِ جميعا فلم يُجَوِّزْ أبو حَنِيفَةَ هِبَةَ الْوَاحِدِ من اثْنَيْنِ لِوُجُودِ الشِّيَاعِ وَقْتَ الْقَبْضِ وَهُمَا جوازها (((جوزاها))) لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ الشِّيَاعُ في الْحَالَيْنِ بَلْ وُجِدَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ وَجَوَّزُوا هِبَةَ الِاثْنَيْنِ من وَاحِدٍ
أَمَّا أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلِعَدَمِ الشُّيُوعِ في وَقْتِ الْقَبْضِ وَأَمَّا هُمَا فَلِانْعِدَامِهِ في الْحَالَيْنِ لِأَنَّهُ وُجِدَ عِنْدَ الْعَقْدِ ولم يُوجَدْ عِنْدَ الْقَبْضِ
وَمَدَارُ الْخِلَافِ بَيْنَهُمْ على حَرْفٍ وهو أَنَّ هِبَةَ الدَّارِ من رَجُلَيْنِ تَمْلِيكُ كل الدَّارِ جُمْلَةً أو تَمْلِيكٌ من أَحَدِهِمَا وَالنِّصْفُ من الْآخَرِ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ تَمْلِيكُ النِّصْفِ من أَحَدِهِمَا وَالنِّصْفِ من الْآخَرِ فَيَكُونُ هِبَةَ الْمُشَاعِ فِيمَا يَنْقَسِمُ كَأَنَّهُ أَفْرَدَ تَمْلِيكَ كل نِصْفٍ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِعَقْدٍ على حِدَةٍ وَعِنْدَهُمَا هِيَ تَمْلِيكُ الْكُلِّ مِنْهُمَا لا تَمْلِيكَ النِّصْفِ من هذا وَالنِّصْفِ من ذلك فَلَا يَكُونُ تَمْلِيكَ الشَّائِعِ فَيَجُوزُ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْعَمَلَ بِمُوجَبِ الصِّيغَةِ هو الْأَصْلُ وَذَلِكَ فِيمَا قُلْنَا لِأَنَّ قَوْلَهُ وَهَبْتُ هذه الدَّارَ كُلَّهَا هِبَةُ كل الدَّارِ جُمْلَةً مِنْهُمَا لا هِبَةَ النِّصْفِ من أَحَدِهِمَا وَالنِّصْفِ من الْآخَرِ لِأَنَّ ذلك تَوْزِيعٌ وَتَفْرِيقٌ وَاللَّفْظُ لَا يَدُلُّ عليه وَلَا يَجُوزُ الْعُدُولُ عن مُوجَبِ اللَّفْظِ لُغَةً إلَّا لِضَرُورَةِ الصِّحَّةِ وفي الْعُدُولِ عن ظَاهِرِ الصِّيغَةِ هَهُنَا فَسَادُ الْعَقْدِ بِسَبَبِ الشُّيُوعِ فَوَجَبَ الْعَمَلُ بِظَاهِرِ الصِّيغَةِ وهو تَمْلِيكُ الْكُلِّ مِنْهُمَا وَمُوجِبُ التَّمْلِيكِ

منها ثُبُوتُ الْمِلْكِ لَهُمَا في الْكُلِّ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في النِّصْفِ عِنْدَ الِانْقِسَامِ ضَرُورَةُ الْمُزَاحِمَةِ وَاسْتِوَائِهِمَا في الِاسْتِحْقَاقِ إذْ ليس كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْلَى من الآخرة (((الآخر))) لِدُخُولِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في الْعَقْدِ على السَّوَاءِ كَالْأَخَوَيْنِ في الْمِيرَاثِ عِنْدَ الِاسْتِوَاءِ في الدَّرَجَةِ إن الْمِيرَاثَ يَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ وَإِنْ كان سَبَبَ الِاسْتِحْقَاقِ في حَقِّ كل وَاحِدٍ

مِنْهُمَا على الْكَمَالِ حتى لو انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا يَسْتَحِقُّ كُلَّ الْمَالِ وإذا جَاءَتْ الْمُزَاحَمَةُ مع الْمُسَاوَاةِ في الِاسْتِحْقَاقِ يَثْبُتُ عِنْدَ انْقِسَامِ الْمِيرَاثِ في النِّصْفِ
وَكَذَا الشَّفِيعَانِ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَخْذَ نِصْفِ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ لِضَرُورَةِ الْمُزَاحَمَةِ وَالِاسْتِوَاءِ في الِاسْتِحْقَاقِ وَإِنْ كان السَّبَبُ في حَقِّ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَالِحًا لِإِثْبَاتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ في الْكُلِّ حتى لو سَلَّمَ أَحَدُهُمَا يَكُونُ الْكُلُّ لِلْآخَرِ وَعَلَى هذا مَسَائِلَ فلم يَكُنْ الِانْقِسَامُ على التَّنَاصُفِ مُوجِبَ الصِّيغَةِ بَلْ لِتَضَايُقِ الْمَحَلِّ لِهَذَا جَازَ الرَّهْنُ من رجلين (((رجل))) فَكَانَ ذلك رَهْنًا من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا على الْكَمَالِ إذْ لو كان رَهَنَ النِّصْفَ من هذا وَالنِّصْفَ من ذلك لَمَا جَازَ لِأَنَّهُ يَكُونُ رَهَنَ الْمُشَاعِ لِهَذَا لو قَضَى الرَّاهِنُ دَيْنَ أَحَدِهِمَا كان لِلْآخَرِ حَبْسُ الْكُلِّ دَلَّ أَنَّ ذلك رَهْنُ الْكُلِّ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَذَا هذا
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ هذا تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إلَى الشَّائِعِ فَلَا يَجُوزُ كما إذَا مَلَكَ نِصْفَ الدَّارِ من أَحَدِهِمَا وَالنِّصْفَ من الْآخَرِ بِعَقْدٍ على حِدَةٍ
وَالدَّلِيلُ على أَنَّ هذا تَمْلِيكٌ مُضَافٌ إلَى الشَّائِعِ أَنَّ قَوْلَهُ وَهَبْتُ هذه الدَّارَ مِنْكُمَا إمَّا أَنْ يَكُونَ تَمْلِيكَ كل الدَّارِ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ تَمْلِيكَ النِّصْفِ من أَحَدِهِمَا وَالنِّصْفِ من الْآخَرِ
لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الدَّارَ الْوَاحِدَةَ يَسْتَحِيلُ أَنْ تَكُونَ مَمْلُوكَةً لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على الْكَمَالِ وَالْمُحَالُ لَا يَكُونُ مُوجِبَ الْعَقْدِ فَتَعَيَّنَ الثَّانِي وهو أَنْ يَكُونَ تَمْلِيكَ النِّصْفِ من أَحَدِهِمَا وَالنِّصْفِ من الْآخَرِ لِهَذَا لم يَمْلِكْ كُلُّ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ في كل الدَّارِ بَلْ في نِصْفِهَا
وَلَوْ كان كُلُّ الدَّارِ مَمْلُوكًا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَمَلَكَ وَكَذَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمْلِكُ مُطَالَبَةَ صَاحِبِهِ بِالتَّهَايُؤِ أو بِالْقِسْمَةِ وَهَذَا آيَةُ ثُبُوتِ الْمِلْكِ له في النِّصْفِ
وإذا كان هذا تَمْلِيكَ الدَّارِ لَهُمَا على التَّنَاصُفِ كان تَمْلِيكًا مُضَافًا إلَى الشَّائِعِ كَأَنَّهُ أَفْرَدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْعَقْدَ في النِّصْفِ وَالشُّيُوعُ يُؤَثِّرُ في الْقَبْضِ الْمُمَكِّنِ من التَّصَرُّفِ على ما مَرَّ وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عن قَوْلِهِمَا إن مُوجِبَ الصِّيغَةِ ثُبُوتُ الْمِلْكِ في كل الدَّارِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على الْكَمَالِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ هذا مُحَالٌ وَالْمُحَالُ لَا يَكُونُ مُوجِبَ الْعَقْدِ وَلَا الْعَاقِدُ بِعَقْدِهِ يَقْصِدُ أَمْرًا مُحَالًا أَيْضًا فَكَانَ مُوجِبُ الْعَقْدِ التَّمْلِيكَ مِنْهُمَا على التَّنَاصُفِ لِأَنَّ هذا تَمْلِيكُ الدَّارِ مِنْهُمَا فَكَانَ عَمَلًا بِمُوجِبِ الصِّيغَةِ من غَيْرِ إحَالَةٍ فَكَانَ أَوْلَى بِخِلَافِ الرَّهْنِ
فإن الدَّارَ الْوَاحِدَةَ تَصْلُحُ مَرْهُونَةً عِنْدَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّ الرَّهْنَ هو الْحَبْسُ وَاجْتِمَاعُهُمَا على الْحَبْسِ مُتَصَوَّرٌ بِأَنْ يَحْبِسَاهُ مَعًا أو يَضَعَاهُ جميعا على يَدَيْ عَدْلٍ فَتَكُونَ الدَّارُ مَحْبُوسَةً كُلُّهَا عِنْدَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَهَذَا مِمَّا لَا يُمْكِنُ تَحْقِيقُهُ في الْمِلْكِ فَهُوَ الْفَرْقُ وَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا وَهَبَ من رَجُلَيْنِ فَقَسَمَ ذلك وسلم إلَى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَازَ لِأَنَّ الْمَانِعَ هو الشُّيُوعُ عِنْدَ الْقَبْضِ وقد زَالَ
هذا إذَا وَهَبَ من رَجُلَيْنِ شيئا مِمَّا يُقْسَمُ فَإِنْ كان مِمَّا لَا يُقْسَمُ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ
ثُمَّ على أَصْلِهِمَا إذَا قال لِرَجُلَيْنِ وَهَبْتُ لَكُمَا هذه الدَّارَ لِهَذَا نِصْفُهَا وَلِهَذَا نِصْفُهَا جَازَ لِأَنَّ قَوْلَهُ لِهَذَا نِصْفُهَا وَلِهَذَا نِصْفُهَا خَرَجَ تَفْسِيرًا لِلْحُكْمِ الثَّابِتِ بِالْعَقْدِ إذْ لَا يُمْكِنُ جَعْلُهُ تَفْسِيرًا لِنَفْسِ الْعَقْدِ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَقَعَ تَمْلِيكُ الدَّارِ جُمْلَةً مِنْهُمَا على ما بَيَّنَّا فَجُعِلَ تَفْسِيرًا لِحُكْمِهِ فَلَا يُوجِبُ ذلك إشَاعَةً في الْعَقْدِ
وَلَوْ قال وَهَبْتُ لك نِصْفَهَا وَلِهَذَا نِصْفَهَا لم يَجُزْ لِأَنَّ الشُّيُوعَ دخل على نَفْسِ الْعَقْدِ فَمَنَعَ الْجَوَازَ
وَلَوْ قال وَهَبْتُ لَكُمَا هذه الدَّارَ ثُلُثُهَا لِهَذَا وَثُلُثَاهَا لِهَذَا لم يَجُزْ عِنْدَ أبي يُوسُفَ

وَجَازَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ
وَجْهُ قوله (((قول))) مُحَمَّدٍ أَنَّ الْعَقْدَ مَتَى جَازَ لِاثْنَيْنِ يَسْتَوِي فيه التَّسَاوِي وَالتَّفَاضُلُ كَعَقْدِ الْبَيْعِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْجَوَازَ عِنْد التَّسَاوِي بِطَرِيقِ التَّفْسِيرِ لِلْحُكْمِ الثَّابِتِ بِالْعَقْدِ وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ شُيُوعًا في الْعَقْدِ وَلَمَّا فَضَّلَ أَحَدَ النَّصِيبَيْنِ عن الْآخَرِ تَعَذَّرَ جَعْلُهُ تَفْسِيرًا لِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ لَا يَحْتَمِلُ التَّفَاضُلَ فَكَانَ تَفْضِيلُ أَحَدِ النَّصِيبَيْنِ في مَعْنَى إفْرَادِ الْعَقْدِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَكَانَ هِبَةَ الْمُشَاعِ وَالشُّيُوعُ يُؤَثِّرُ في الْهِبَةِ وَلَا يُؤَثِّرُ في الْبَيْعِ
وَلَوْ رَهَنَ من رَجُلَيْنِ لِأَحَدِهِمَا ثُلُثُهُ وَلِلْآخِرِ ثُلُثَاهُ أو نِصْفُهُ لِهَذَا وَنِصْفُهُ لِذَلِكَ على التَّفَاضُلِ وَالتَّنَاصُفِ لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ بِخِلَافِ ما إذَا أَبْهَمَ بِأَنْ قال وَهَبْتُ مِنْكُمَا أَنَّهُ يَجُوزُ
وَلَوْ وَهَبَ من فَقِيرَيْنِ شيئا يَنْقَسِمُ فَالْهِبَةُ من فَقِيرَيْنِ بِمَنْزِلَةِ التَّصَدُّقِ عَلَيْهِمَا لِأَنَّ

الْهِبَةَ من الْفَقِيرِ صَدَقَةٌ لِأَنَّهُ يبتغي بها وَجْهُ اللَّهِ تَعَالَى وَسَنَذْكُرُ حُكْمَهَا إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ هِبَةَ الشَّجَرِ دُونَ الثَّمَرِ وَالثَّمَرِ دُونَ الشَّجَرِ وَالْأَرْضِ دُونَ الزَّرْعِ وَالزَّرْعِ دُونَ الْأَرْضِ إنها غَيْرُ جَائِزَةٍ لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ مُتَّصِلٌ بِمَا ليس بِمَوْهُوبٍ اتِّصَالَ جُزْءٍ بِجُزْءٍ فَكَانَ كَهِبَةِ الْمُشَاعِ وَلَوْ فضل (((فصل))) وَسُلِّمَ جَازَ كما في هِبَةِ الْمُشَاعِ وَلَوْ تَصَدَّقَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ على رَجُلَيْنِ فَإِنْ كَانَا غَنِيَّيْنِ لم يَجُزْ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَيَجُوزُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ التَّصَدُّقَ على الْغَنِيِّ ميتة (((هبة))) في الْحَقِيقَةِ وَالْهِبَةُ من اثْنَيْنِ لَا تَجُوزُ وَعِنْدَهُمَا جائز (((جائزة))) وَإِنْ كَانَا فَقِيرَيْنِ فَعِنْدَهُمَا تَجُوزُ كما تَجُوزُ في الْهِبَةِ من رَجُلَيْنِ وَعَنْ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فيه رِوَايَتَانِ في كِتَاب الْهِبَةِ لَا يَجُوزُ وفي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ يَجُوزُ
وَجْهُ رِوَايَةِ كِتَابِ الْهِبَةِ أَنَّ الشِّيَاعَ كما يَمْنَعُ جَوَازَ الْهِبَةِ يَمْنَعُ جَوَازَ الصَّدَقَةِ على ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَهَهُنَا يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ في الْقَبْضِ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْجَامِعِ وَهِيَ الصَّحِيحَةُ أَنَّ مَعْنَى الشُّيُوعِ في الْقَبْضِ لَا يَتَحَقَّقُ في الصَّدَقَةِ على فَقِيرَيْنِ لِأَنَّ الْمُتَصَدِّقَ يَتَقَرَّبُ بِالصَّدَقَةِ إلَى اللَّهِ عز وجل ثُمَّ الْفَقِيرُ يَقْبِضُ من اللَّهِ تَعَالَى قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ هو يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عن عِبَادِهِ وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ } وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الصَّدَقَةُ تَقَعُ في يَدِ الرحمن قبل أَنْ تَقَعَ في يَدِ الْفَقِيرِ وَاَللَّهُ تَعَالَى وَاحِدٌ لَا شَرِيكَ له فَلَا يَتَحَقَّقُ مَعْنَى الشُّيُوعِ كما لو تَصَدَّقَ على فَقِيرٍ وَاحِدٍ ثُمَّ وَكَّلَ بِقَبْضِهَا وَكِيلَيْنِ بِخِلَافِ التَّصَدُّقِ على غَنِيَّيْنِ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ على الْغَنِيِّ يُبْتَغَى بها وَجْهُ الْغَنِيِّ فَكَانَتْ هَدِيَّةً لَا صَدَقَةً قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الصَّدَقَةُ يُبْتَغَى بها وَجْهُ اللَّهِ تَعَالَى وَالدَّارُ الْآخِرَةُ وَالْهَدِيَّةُ يُبْتَغَى بها وَجْهُ الرَّسُولِ وَقَضَاءُ الْحَاجَةِ وَالْهَدِيَّةُ هِبَةٌ فَيَتَحَقَّقُ مَعْنَى الشُّيُوعِ في الْقَبْضِ وَأَنَّهُ مَانِعٌ من الْجَوَازِ عِنْدَهُ
وَمِنْهَا الْقَبْضُ وهو أَنْ يَكُونَ الْمَوْهُوبُ مَقْبُوضًا وَإِنْ شِئْتَ رَدَدْتَ هذا الشَّرْطَ إلَى الْمَوْهُوبِ له لِأَنَّ الْقَابِضَ وَالْمَقْبُوضَ من الْأَسْمَاءِ الْإِضَافِيَّةِ وَالْعَلَقَةُ التي

تَدُورُ عليها الْإِضَافَةُ من الْجَانِبَيْنِ هِيَ الْقَبْضُ فَيَصِحُّ رَدُّهُ إلَى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في صِنَاعَةِ التَّرْتِيبِ فَتَأَمَّلْ

وَالْكَلَامُ في هذا الشَّرْطِ في مَوْضِعَيْنِ في بَيَانِ أَصْلِ الْقَبْضِ أَنَّهُ شَرْطٌ أَمْ لَا وفي بَيَانِ شَرَائِطِ صِحَّةِ الْقَبْضِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه قال عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ شَرْطٌ وَالْمَوْهُوبُ قبل الْقَبْضِ على مِلْكِ الْوَاهِبِ يَتَصَرَّفُ فيه كَيْفَ شَاءَ

وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس بِشَرْطٍ وَيَمْلِكُهُ الْمَوْهُوبُ له من غَيْرِ قَبْضٍ وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ هذا عَقْدُ تَبَرُّعٍ بِتَمْلِيكِ الْعَيْنِ فَيُفِيدُ الْمِلْكَ قبل الْقَبْضِ كَالْوَصِيَّةِ وَلَنَا إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وهو ما رَوَيْنَا أَنَّ سَيِّدَنَا أَبَا بَكْرٍ وَسَيِّدَنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما اعْتَبَرَا الْقِسْمَةَ وَالْقَبْضَ لِجَوَازِ النُّحْلَى بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عَلَيْهِمَا مُنْكِرٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا

وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا أبي بَكْرٍ وَسَيِّدِنَا عُمَرَ وَسَيِّدِنَا عُثْمَانَ وَسَيِّدِنَا عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قالوا لَا تَجُوزُ الْهِبَةُ إلَّا مَقْبُوضَةً مَحُوزَةً ولم يَرِدْ عن غَيْرِهِمْ خِلَافُهُ وَلِأَنَّهَا عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَلَوْ صَحَّتْ بِدُونِ الْقَبْضِ لَثَبَتَ لِلْمَوْهُوبِ له وِلَايَةُ مُطَالَبَةِ الْوَاهِبِ بِالتَّسْلِيمِ فَتَصِيرُ عَقْدَ ضَمَانٍ وَهَذَا تَغْيِيرُ الْمَشْرُوعِ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ ليس في إيجَابِ الْمِلْكِ فيها قبل الْقَبْضِ تَغْيِيرُهَا عن مَوْضِعِهَا إذْ لَا مُطَالَبَةَ قِبَلَ الْمُتَبَرِّعِ وهو الْمُوصِي لِأَنَّهُ مَيِّتٌ وَكَذَلِكَ الْقَبْضُ شَرْطُ جَوَازِ الصَّدَقَةِ لَا يُمْلَكُ قبل الْقَبْضِ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ

وقال ابن أبي لَيْلَى وَغَيْرُهُ من أَهْلِ الْكُوفَةِ ليس بِشَرْطٍ وَتَجُوزُ الصَّدَقَةُ إذَا أُعْلِمَتْ وَإِنْ لم تُقْبَضْ وَلَا تَجُوزُ الْهِبَةُ وَلَا النَّحْلَى إلَّا مَقْبُوضَةً وَاحْتَجُّوا بِمَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ وَسَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنهما قَالَا إذَا أعلمت (((علمت))) الصَّدَقَةُ جَازَتْ من غَيْرِ شَرْطِ الْقَبْضِ

وَلَنَا ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال خَبَرًا عن اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى يا ابْنَ آدَمَ تَقُولُ مالي مَالِي وَلَيْسَ لك من مَالِكَ إلَّا ما أَكَلْت فَأَفْنَيْتَ أو لَبِسْتَ فَأَبْلَيْتَ أو تَصَدَّقْتَ فَأَبْقَيْتَ اعْتَبَرَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْإِمْضَاءَ في الصَّدَقَةِ وَالْإِمْضَاءُ هو التَّسْلِيمُ دَلَّ أَنَّهُ شَرْطٌ

وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا أبي بَكْرٍ وَسَيِّدِنَا عُمَرَ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَمُعَاذِ بن جَبَلٍ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قالوا لَا تَتِمُّ الصَّدَقَةُ إلَّا بِالْقَبْضِ وَلِأَنَّ التَّصَدُّقَ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَلَا يُفِيدُ الْحُكْمَ بِنَفْسِهِ كَالْهِبَةِ

وما رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ وَسَيِّدنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنهما مَحْمُولٌ على صَدَقَةِ الْأَبِ على ابْنِهِ الصَّغِيرِ وَبِهِ نَقُولُ لَا حَاجَةَ هُنَاكَ إلَى الْقَبْضِ حَمَلْنَاهُ على هذا تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ صِيَانَةً لها عن التَّنَاقُضِ

وَالثَّانِي شَرَائِطُ صِحَّةِ الْقَبْضِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لِأَنَّ الْإِذْنَ بِالْقَبْضِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْقَبْضِ في بَابِ الْبَيْعِ حتى لو قَبَضَ الْمُشْتَرِي من غَيْرِ إذْنِ الْبَائِعِ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ كان لِلْبَائِعِ حَقُّ الِاسْتِرْدَادِ

فَلَأَنْ يَكُونَ في الْهِبَةِ أَوْلَى لِأَنَّ الْبَيْعَ يَصِحُّ بِدُونِ الْقَبْضِ وَالْهِبَةُ لَا صِحَّةَ لها بِدُونِ الْقَبْضِ فلما كان الْإِذْنُ بِالْقَبْضِ شَرْطًا لِصِحَّتِهِ فِيمَا لَا يَتَوَقَّفُ صِحَّتُهُ على الْقَبْضِ فَلَأَنْ يَكُونَ شَرْطًا فِيمَا يَتَوَقَّفُ صِحَّتُهُ على الْقَبْضِ أَوْلَى وَلِأَنَّ الْقَبْضَ

في بَابِ الْهِبَةِ يُشْبِهُ الرُّكْنَ وَإِنْ لم يَكُنْ رُكْنًا على الْحَقِيقَةِ فَيُشْبِهُ الْقَبُولَ في بَابِ الْبَيْعِ وَلَا يَجُوزُ الْقَبُولُ من غَيْرِ إذْنِ الْبَائِعِ وَرِضَاهُ فَلَا يَجُوزُ الْقَبْضُ من غَيْرِ إذْنِ الْوَاهِبِ أَيْضًا وَالْإِذْنُ نَوْعَانِ صَرِيحٌ وَدَلَالَةٌ
أَمَّا الصَّرِيحُ فَنَحْوُ أَنْ يَقُولَ اقْبِضْ أو أَذِنْتُ لك بِالْقَبْضِ أو رَضِيتُ وما يجري هذا الْمَجْرَى فَيَجُوزُ قَبْضُهُ سَوَاءٌ قَبَضَهُ بِحَضْرَةِ الْوَاهِبِ أو بِغَيْرِ حَضْرَتِهِ اسْتِحْسَانًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ قَبْضُهُ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ عن الْمَجْلِسِ
وهو قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الْقَبْضَ عِنْدَهُ رُكْنٌ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ على أَحَدِ قَوْلَيْهِ فَلَا يَصِحُّ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ عن الْمَجْلِسِ كما لَا يَصِحُّ الْقَبُولُ عِنْدَهُ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ وَإِنْ كان بِإِذْنِ الْوَاهِبِ كَالْقَبُولِ في بَابِ الْبَيْعِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ حُمِلَ إلَيْهِ سِتُّ بَدَنَاتٍ فَجَعَلْنَ يَزْدَلِفْنَ إلَيْهِ فَقَامَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَنَحَرَهُنَّ بيده الشَّرِيفَةِ وقال من شَاءَ فَلْيَقْطَعْ وَانْصَرَفَ فَقَدْ أَذِنَ لهم رسول اللَّهِ بِالْقَبْضِ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ حَيْثُ أَذِنَ لهم بِالْقَطْعِ
فَدَلَّ على جَوَازِ الْقَبْضِ وَاعْتِبَارُهُ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ
وَلِأَنَّ الْإِذْنَ بِقَبْضِ الْوَاهِبِ صَرِيحًا بِمَنْزِلَةِ إذْنِ الْبَائِعِ بِقَبْضِ الْمَبِيعِ وَذَلِكَ يَعْمَلُ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ
كَذَا هذا
وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَهِيَ أَنْ يَقْبِضَ الْمَوْهُوبُ له الْعَيْنَ في الْمَجْلِسِ وَلَا يَنْهَاهُ الْوَاهِبُ فَيَجُوزُ قَبْضُهُ اسْتِحْسَانًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ كما لَا يَجُوزَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ
وهو قَوْلُ زُفَرَ وقد ذَكَرْنَا الْقِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ في الزِّيَادَاتِ
وَلَوْ قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بَيْعًا جَائِزًا بِحَضْرَةِ الْبَائِعِ قبل نَقْدِ الثَّمَنِ لم يَجُزْ قَبْضُهُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا حتى كان له أَنْ يُسْتَرَدَّ وفي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ اخْتِلَافُ رِوَايَتَيْ الْكَرْخِيِّ وَالطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ ذَكَرْنَاهُمَا في الْبُيُوعِ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْقَبْضَ رُكْنٌ في الْهِبَةِ كَالْقَبُولِ فيها فَلَا يَجُوزُ من غَيْرِ إذْنٍ كَالْقَبُولِ من بَابِ الْبَيْعِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْإِذْنَ بِالْقَبْضِ وُجِدَ من طَرِيقِ الدَّلَالَةِ لِأَنَّ الْإِقْدَامَ على إيجَابِ الْهِبَةِ إذْنٌ بِالْقَبْضِ لِأَنَّهُ دَلِيلُ قَصْدِ التَّمْلِيكِ وَلَا ثُبُوتَ لِلْمِلْكِ إلَّا بِالْقَبْضِ فَكَانَ الْإِقْدَامُ على الْإِيجَابِ إذْنًا بِالْقَبْضِ دَلَالَةً وَالثَّابِتُ دَلَالَةً كَالثَّابِتِ نَصًّا بِخِلَافِ ما بَعْدَ الِافْتِرَاقِ لِأَنَّ الْإِقْدَامَ دَلَالَةُ الْإِذْنِ بِالْقَبْضِ في الْمَجْلِسِ لَا بَعْدَ الِافْتِرَاقِ وَلِأَنَّ لِلْقَبْضِ في بَابِ الْهِبَةِ شَبَهًا بِالرُّكْنِ فَيُشْبِهُ الْقَبُولَ في بَابِ الْبَيْعِ وَإِيجَابُ الْبَيْعِ يَكُونُ إذْنًا بِالْقَبُولِ في الْمَجْلِسِ لَا بَعْدَ الِافْتِرَاقِ فَكَذَا إيجَابُ الْهِبَةِ يَكُونُ إذْنًا بِالْقَبْضِ لَا بَعْدَ الِافْتِرَاقِ
وَلَوْ وَهَبَ شيئا مُتَّصِلًا بِغَيْرِهِ مِمَّا لَا تَقَعُ عليه الْهِبَةُ كَالثَّمَرِ الْمُعَلَّقِ على الشَّجَرِ دُونَ الشَّجَرِ أو الشَّجَرِ دُونَ الْأَرْضِ أو حِلْيَةِ السَّيْفِ دُونَ السَّيْفِ أو الْقَفِيزِ من الصُّبْرَةِ أو الصُّوفِ على ظَهْرِ الْغَنَمِ وَغَيْرُ ذلك مِمَّا لَا جَوَازَ لِلْهِبَةِ فيه إلَّا بِالْفَصْلِ وَالْقَبْضِ فَفَصَلَ وَقَبَضَ
فَإِنْ قَبَضَ بِغَيْرِ إذْنِ الْوَاهِبِ لم يَجُزْ الْقَبْضُ سَوَاءٌ كان الْفَصْلُ وَالْقَبْضُ بِحَضْرَةِ الْوَاهِبِ أو بِغَيْرِ حَضْرَتِهِ وَلِأَنَّ الْجَوَازَ في الْمُنْفَصِلِ عِنْدَ حَضْرَةِ الْوَاهِبِ لِلْإِذْنِ الثَّابِتِ دَلَالَةَ الْإِيجَابِ ولم يُوجَدْ هَهُنَا لِأَنَّ الْإِيجَابَ لم يَقَعْ صَحِيحًا حين وُجُودِهِ فَلَا يَصِحُّ الِاسْتِدْلَال على الْإِذْنِ بِالْقَبْضِ وَإِنْ قَبَضَ بِإِذْنِهِ يَجُوزُ اسْتِحْسَانًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ وهو قَوْلُ زُفَرَ بِنَاءً على أَنَّ الْعَقْدَ إذَا وَقَعَ فَاسِدًا من حِينِ وُجُودِهِ لَا يَحْتَمِلُ الْجَوَازَ عِنْدَهُ بِحَالٍ لِاسْتِحَالَةِ انْقِلَابِ الْفَاسِدِ جَائِزًا وَعِنْدَنَا

يَحْتَمِلُ الْجَوَازَ بِإِسْقَاطِ الْمُفْسِدِ مَقْصُورًا على الْحَالِ أو من حِينِ وُجُودِ الْعَقْدِ بِطَرِيقِ الْبَيَانِ على اخْتِلَافِ الطَّرِيقَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا في كِتَابِ الْبَيْعِ
وَكَذَلِكَ إذَا وَهَبَ دَيْنًا له على إنْسَانٍ لِآخَرَ إنه إنَّ قَبَضَ الْمَوْهُوبُ له بِإِذْنِ الْوَاهِبِ صَرِيحًا جَازَ قَبْضُهُ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ وقد ذَكَرْنَا وَجْهَ الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ فِيمَا تَقَدَّمَ وَإِنْ قَبَضَهُ بِحَضْرَتِهِ ولم يَنْهَهُ عن ذلك لَا يَجُوزُ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا فَرَّقَ بين الْعَيْنِ وَالدَّيْنِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْجَوَازَ في هِبَةِ الْعَيْنِ عِنْدَ عَدَمِ التَّصْرِيحِ بِالْإِذْنِ لِكَوْنِ الْإِيجَابِ فيها دَلَالَةَ الْإِذْنِ بِالْقَبْضِ لِكَوْنِ دَلَالَةِ قَصْدِهِ تَمْلِيكُ ما هو مِلْكُهُ من الْمَوْهُوبِ له وَإِيجَابُ الْهِبَةِ في الدَّيْنِ لِغَيْرِ من عليه الدَّيْنُ لَا تَصِحُّ دَلَالَةُ الْإِذْنِ بِقَبْضِهِ لِأَنَّ دَلَالَتَهُ بِوَاسِطَةِ دَلَالَةِ قَصْدِ التَّمْلِيكِ وَتَمْلِيكُ الدَّيْنِ من غَيْرِ من عليه الدَّيْنُ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا بِالتَّصْرِيحِ بِالْإِذْنِ بِالْقَبْضِ لِأَنَّهُ إذَا أَذِنَ له بِالْقَبْضِ صَرِيحًا قام قَبْضُهُ مَقَامَ قَبْضِ الْوَاهِبِ فَيَصِيرُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ قَابِضًا لِلْوَاهِبِ أَوَّلًا وَيَصِيرُ الْمَقْبُوضُ مِلْكًا له أَوَّلًا ثُمَّ يَصِيرُ قَابِضًا لِنَفْسِهِ من الْوَاهِبِ فَيَصِيرُ الْوَاهِبُ على هذا التَّقْدِيرِ الذي

ذَكَرْنَا وَاهِبًا مِلْكَ نَفْسِهِ وَالْمَوْهُوبُ له قَابِضًا مِلْكَ الْوَاهِبِ فَصَحَّتْ الْهِبَةُ وَالْقَبْضُ وإذا لم يُصَرِّحْ بِالْإِذْنِ بِالْقَبْضِ بَقِيَ الْمَقْبُوضُ من الْمَالِ الْعَيْنِ على مِلْكِ من عليه فلم تَصِحَّ الْهِبَةُ فيه فَلَا يَجُوزُ قَبْضُ الْمَوْهُوبِ له فَهُوَ الْفَرْقُ بين الْفَصْلَيْنِ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ الْمَوْهُوبُ مَشْغُولًا بِمَا ليس بِمَوْهُوبٍ لِأَنَّ مَعْنَى الْقَبْضِ وهو التَّمَكُّنُ من التَّصَرُّفِ في الْمَقْبُوضِ لَا يَتَحَقَّقُ مع الشُّغْلِ وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا وَهَبَ دَارًا فيها مَتَاعُ الْوَاهِبِ وسلم الدَّارَ إلَيْهِ أو سَلَّمَ الدَّارَ مع ما فيها من الْمَتَاعِ فإنه لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْفَرَاغَ شَرْطُ صِحَّةِ التَّسْلِيمِ وَالْقَبْضِ ولم يُوجَدْ قِيلَ الْحِيلَةُ في صِحَّةِ التَّسْلِيمِ أَنْ يُودِعَ الْوَاهِبُ الْمَتَاعَ عِنْدَ الْمَوْهُوبِ له أَوَّلًا ويخلي بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَتَاعِ ثُمَّ يُسَلِّمُ الدَّارَ إلَيْهِ فَتَجُوزُ الْهِبَةُ فيها لِأَنَّهَا مَشْغُولَةٌ بِمَتَاعٍ هو في يَدِ الْمَوْهُوبِ له وفي هذه الْحِيلَةِ إشْكَالٌ وهو أَنَّ يَدَ الْمُودِعِ يَدُ الْمُودِعِ مَعْنًى فَكَانَتْ يَدُهُ قَائِمَةً على الْمَتَاعِ فَتَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْلِيمِ
وَلَوْ أَخْرَجَ الْمَتَاعَ من الدَّارِ ثُمَّ سَلَّمَ فَارِغًا جَازَ وَيَنْظُرُ إلَى حَالِ الْقَبْضِ لَا إلَى حَالِ الْعَقْدِ لِأَنَّ الْمَانِعَ من النَّفَاذِ قد زَالَ فَيَنْفُذُ كما في هِبَةِ الْمُشَاعِ
وَلَوْ وَهَبَ ما فيها من الْمَتَاعِ دُونَ الدَّارِ وَخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَتَاعِ جَازَتْ الْهِبَةُ لِأَنَّ الْمَتَاعَ لَا يَكُونُ مَشْغُولًا بِالدَّارِ وَالدَّارُ تَكُونُ مَشْغُولَةً بِالْمَتَاعِ لِهَذَا افْتَرَقَا فَيَصِحُّ تَسْلِيمُ الْمَتَاعِ وَلَا يَصِحُّ تَسْلِيمُ الدَّارِ
وَلَوْ جَمَعَ في الْهِبَةِ بين الْمَتَاعِ وَبَيْنَ الدَّارِ الذي فيها فَوَهَبَهُمَا جميعا صَفْقَةً وَاحِدَةً وَخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا جَازَتْ الْهِبَةُ فِيهِمَا جميعا لِأَنَّ التَّسْلِيمَ قد صَحَّ فِيهِمَا جميعا فَإِنْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا في الْهِبَةِ بِأَنْ وَهَبَ أَحَدَهُمَا ثُمَّ وَهَبَ الْآخَرَ فَهَذَا لَا يَخْلُو إمَّا إنْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا في التَّسْلِيمِ وإما إنْ فَرَّقَ فَإِنْ جَمَعَ جَازَتْ الْهِبَةُ فِيهِمَا جميعا وَإِنْ فَرَّقَ بِأَنْ وَهَبَ أَحَدَهُمَا وسلم ثُمَّ وَهَبَ الْآخَرَ وسلم نَظَرَ في ذلك وَرُوعِيَ فيه التَّرْتِيبُ إنْ قَدَّمَ هِبَةَ الدَّارِ فَالْهِبَةُ في الدَّارِ لم تَجُزْ لِأَنَّهَا مَشْغُولَةٌ بِالْمَتَاعِ فلم يَصِحَّ تَسْلِيمُ الدَّارِ وَجَازَتْ في الْمَتَاعِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَشْغُولٍ بِالدَّارِ

فَيَصِحُّ تَسْلِيمُهُ
وَلَوْ قَدَّمَ هِبَةَ الْمَتَاعِ جَازَتْ الْهِبَةُ فِيهِمَا جميعا
أَمَّا في الْمَتَاعِ فَلِأَنَّهُ غَيْرُ مَشْغُولٍ بِالدَّارِ فَيَصِحُّ تَسْلِيمُهُ وَأَمَّا في الدَّارِ فَلِأَنَّهَا وَقْتَ التَّسْلِيمِ كانت مَشْغُولَةً بِمَتَاعٍ هو مِلْكُ الْمَوْهُوبِ فَلَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ أَيْضًا يَخْرُجُ ما إذَا وَهَبَ جَارِيَةً وَاسْتَثْنَى ما في بَطْنِهَا أو حَيَوَانًا وَاسْتَثْنَى ما في بَطْنِهِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لو جَازَ لَكَانَ ذلك هِبَةَ ما هو مَشْغُولٌ بِغَيْرِهِ وَإِنَّهَا غَيْرُ جَائِزَةٍ لِأَنَّهُ لَا جَوَازَ لها بِدُونِ الْقَبْضِ
وَكَوْنُ الْمَوْهُوبِ مَشْغُولًا بِغَيْرِهِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ
وَلَوْ أَعْتَقَ ما في بَطْنِ جَارِيَتِهِ ثُمَّ وَهَبَ الْأُمَّ يَجُوزُ وَذَكَرَ في الْعَتَاقِ أَنَّهُ لو دَبَّرَ ما في بَطْنِ جَارِيَتِهِ لَا يَجُوزُ منهم من قال في الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَانِ وَجْهُ رِوَايَةِ عَدَمِ الْجَوَازِ أَنَّ الْمَوْهُوبَ مَشْغُولٌ بِمَا ليس بِمَوْهُوبٍ فَأَشْبَهَ هِبَةَ دَارٍ فيها مَتَاعُ الْوَاهِبِ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْجَوَازِ وَهِيَ رِوَايَةُ الْكَرْخِيِّ إن حُرِّيَّةَ الْجَنِينِ تَجْعَلُهُ مُسْتَثْنًى من الْعَقْدِ لِأَنَّ حُكْمَ الْعَقْدِ لم يَثْبُتْ فيه مع تَنَاوُلِهِ إيَّاهُ ظَاهِرًا وَهَذَا مَعْنَى الِاسْتِثْنَاءُ وَلَوْ اسْتَثْنَاهُ لَفْظًا جَازَتْ الْهِبَةُ في الْأُمِّ فَكَذَا إذَا كان مُسْتَثْنًى في الْمَعْنَى
وَمِنْهُمْ من قال في الْمَسْأَلَةِ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ وَفَرَّقَ بين الْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْمُدَبَّرَ مَالُ الْمَوْلَى فإذا وَهَبَ الْأُمَّ فَقَدْ وَهَبَ ما هو مَشْغُولٌ بِمَالِ الْوَاهِبِ فلم يَجُزْ كَهِبَةِ دَارٍ فيها مَتَاعُ الْوَاهِبِ
وَأَمَّا الْحُرُّ فَلَيْسَ بِمَالٍ فَصَارَ كما لو وَهَبَ دَارًا فيها حُرٌّ جَالِسٌ وَذَا لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْهِبَةِ كَذَا هذا
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ الْمَوْهُوبُ مُتَّصِلًا بِمَا ليس بِمَوْهُوبٍ اتِّصَالَ الْأَجْزَاءِ لِأَنَّ قَبْضَ الْمَوْهُوبِ وَحْدَهُ لَا يُتَصَوَّرُ وَغَيْرُهُ ليس بِمَوْهُوبٍ فَكَانَ هذا في مَعْنَى الْمُشَاعِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا وَهَبَ أَرْضًا فيها زَرْعٌ دُونَ الزَّرْعِ أو شَجَرًا عليها ثَمَرٌ دُونَ الثَّمَرِ أو وَهَبَ الزَّرْعَ دُونَ الْأَرْضِ أو الثَّمَرَ دُونَ الشَّجَرِ وَخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَوْهُوبِ له أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ مُتَّصِلٌ بِمَا ليس بِمَوْهُوبِ اتِّصَالَ جُزْءٍ بِجُزْءٍ فَمَنَعَ صِحَّةَ الْقَبْضِ
وَلَوْ جَذَّ الثَّمَرَ وَحَصَدَ الزَّرْعَ ثُمَّ سَلَّمَهُ فَارِغًا جَازَ لِأَنَّ الْمَانِعَ من النَّفَاذِ وهو ثُبُوتُ الْمِلْكِ قد زَالَ
وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا في الْهِبَةِ فَوَهَبَهُمَا جميعا وسلم مُتَفَرِّقًا جَازَ وَلَوْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا في الْهِبَةِ فَوَهَبَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِعَقْدٍ على حِدَةٍ بِأَنْ وَهَبَ الْأَرْضَ ثُمَّ الزَّرْعَ أو الزَّرْعَ ثُمَّ الْأَرْضَ فَإِنْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا في التَّسْلِيمِ جَازَتْ الْهِبَةُ فِيهِمَا جميعا وَإِنْ فَرَّقَ لَا تَجُوزُ الْهِبَةُ فِيهِمَا جميعا قَدَّمَ أو أَخَّرَ سَوَاءٌ بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْمَانِعَ من صِحَّةِ الْقَبْضِ هُنَا الِاتِّصَالُ وإنه لَا يَخْتَلِفُ وَالْمَانِعُ هُنَاكَ الشَّغْلُ وإنه يَخْتَلِفُ نَظِيرَ هذا ما إذَا وَهَبَ نِصْفَ الدَّارِ مُشَاعًا من رَجُلٍ ولم يُسَلِّمْ إلَيْهِ حتى وَهَبَ النِّصْفَ الْبَاقِيَ منه وسلم الْكُلَّ أَنَّهُ يَجُوزُ
وَلَوْ وَهَبَ النِّصْفَ وسلم ثُمَّ وَهَبَ الْبَاقِيَ وسلم لَا يَجُوزُ كَذَا هذا وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا وَهَبَ صُوفًا على ظَهْرِ غَنَمٍ إنه لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ مُتَّصِلٌ بِمَا ليس بِمَوْهُوبٍ وَهَذَا يَمْنَعُ صِحَّةَ

الْقَبْضِ وَلَوْ جَزَّهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ لِزَوَالِ الْمَانِعِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَعَلَى هذا إذَا وَهَبَ دَابَّةً وَعَلَيْهَا حِمْلٌ بِدُونِ الْحِمْلِ لَا تَجُوزُ وَلَوْ رَفَعَ الْحَمْلَ عنها وَسَلَّمَهَا فَارِغًا جَازَ لِمَا قُلْنَا بِخِلَافِ هِبَةِ ما في بَطْنِ جَارِيَتِهِ أو ما في بَطْنِ غَنَمِهِ أو ما في ضَرْعِهَا أو هِبَةِ سَمْنٍ في لَبَنٍ أو دُهْنٍ في سِمْسِمٍ أو زَيْتٍ في زَيْتُونٍ أو دَقِيقٍ في حِنْطَةٍ أَنَّهُ يَبْطُلُ
وَإِنْ سَلَّطَهُ على قَبْضِهِ عِنْدَ الولادة (((الولاة))) أو عِنْدَ اسْتِخْرَاجِ ذلك لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ هُنَاكَ ليس مَحَلَّ الْعَقْدِ لِكَوْنِهِ مَعْدُومًا لِهَذَا لم يَجُزْ بَيْعُهَا فَلَا تَجُوزُ هِبَتُهَا وَهُنَا بِخِلَافِهِ على ما تَقَدَّمَ
وَمِنْهَا أَهْلِيَّةُ الْقَبْضِ وَهِيَ الْعَقْلُ فَلَا يَجُوزُ قَبْضُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ وَأَمَّا الْبُلُوغُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْقَبْضِ اسْتِحْسَانًا فَيَجُوزُ قَبْضُ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ ما وَهَبَ له وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ شَرْطًا وَلَا يَجُوزُ قَبْضُ الصَّبِيِّ وَإِنْ كان عَاقِلًا وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ الْقَبْضَ من بَابِ الْوِلَايَةِ وَلَا وِلَايَةَ له على نَفْسِهِ فَلَا يَجُوزُ قَبْضُهُ في الْهِبَةِ كما لَا يَجُوزُ في الْبَيْعِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ قَبْضَ الْهِبَةِ من التَّصَرُّفَاتِ النَّافِعَةِ الْمَحْضَةِ فَيَمْلِكُهُ الصَّبِيُّ الْعَاقِلُ كما يَمْلِكُ وَلِيُّهُ وَمَنْ هو في عِيَالِهِ وَكَذَا الصَّبِيَّةُ إذَا عَقَلَتْ جَازَ قَبْضُهَا لِمَا قُلْنَا
وَكَذَلِكَ الْحُرِّيَّةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَيَجُوزُ قَبْضُ الْعَبْدِ الْمَحْجُورِ عليه إذَا وُهِبَ له هِبَةٌ وَلَا يَجُوزُ قَبْضُ الْمَوْلَى عنه سَوَاءٌ كان على الْعَبْدِ دَيْنٌ أو لا فَالْقَبْضُ إلَى الْعَبْدِ وَالْمِلْكُ لِلْمَوْلَى في الْمَقْبُوضِ لِأَنَّ الْقَبْضَ من حُقُوقِ الْعَقْدِ وَالْعَقْدُ وَقَعَ لِلْعَبْدِ فَكَانَ الْقَبْضُ إلَيْهِ وَلِأَنَّ الْأَصْلَ في بَنِي آدَمَ الْحُرِّيَّةُ
وَالرِّقُّ لِعَارِضٍ فَكَانَ الْأَصْلُ فِيهِمْ إطْلَاقَ التَّصَرُّفِ لهم وَالِانْحِجَارَ لِعَارِضِ الرِّقِّ عن التَّصَرُّفِ يَتَضَمَّنُ الضَّرَرَ بِالْمَوْلَى ولم يُوجَدْ فَبَقِيَ فيه على أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ وَالْمَقْبُوضُ كَسْبُ الْعَبْدِ وَكَسْبُ الْعَبْدِ الْقِنِّ لِلْمَوْلَى وَكَذَلِكَ الْمُكَاتَبُ إذَا وُهِبَ له هِبَةٌ فَالْقَبْضُ إلَيْهِ وَلَا يَجُوزُ قَبْضُ الْمَوْلَى عنه لِمَا قُلْنَا في الْقِنِّ فإذا قَبَضَ الْمُكَاتَبُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ فَلَا يَمْلِكُهُ الْمَوْلَى لِأَنَّ الْهِبَةَ كَسْبُهُ وَالْمُكَاتَبُ أَحَقُّ بِاكْتِسَابِهِ وَمِنْهَا الْوِلَايَةُ في أَحَدِ نَوْعَيْ الْقَبْضِ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ فيه أَنَّ الْقَبْضَ نَوْعَانِ قَبْضٌ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ وَقَبْضٌ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ
أَمَّا الْقَبْضُ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ فَهُوَ أَنْ يَقْبِضَ بِنَفْسِهِ لِنَفْسِهِ وَشَرْطُ جَوَازِهِ الْعَقْلَ فَقَطْ على ما بَيَّنَّا
وَأَمَّا الْقَبْضُ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ فَالنِّيَابَةُ في الْقَبْضِ نَوْعَانِ نَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى الْقَابِضِ وَنَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْقَبْضِ
أَمَّا الْأَوَّلُ الذي يَرْجِعُ إلَى الْقَابِضِ فَهُوَ الْقَبْضُ لِلصَّبِيِّ وَشَرْطُ جَوَازِهِ الْوِلَايَةِ بِالْحَجْرِ وَالْعَيْلَةِ عِنْدَ عَدَمِ الْوِلَايَةِ فَيَقْبِضُ لِلصَّبِيِّ وَلِيُّهُ أو من كان الصَّبِيُّ في حِجْرِهِ وَعِيَالِهِ عِنْدَ عَدَمِ الْوَلِيِّ فَيَقْبِضُ له أَبُوهُ ثُمَّ وَصِيُّ أبيه بَعْدَهُ ثُمَّ جَدُّهُ أبو أبيه بَعْدَ أبيه وَوَصِيُّهُ ثُمَّ وَصِيُّ جَدِّهِ بَعْدَهُ سَوَاءٌ كان الصَّبِيُّ في عِيَالِ هَؤُلَاءِ أو لم يَكُنْ فَيَجُوزُ قَبْضُهُمْ على هذا التَّرْتِيبِ حَالَ حَضْرَتِهِمْ لِأَنَّ لهؤلاء (((هؤلاء))) وِلَايَةٌ عليهم فَيَجُوزُ قَبْضُهُمْ له
وإذا غَابَ أَحَدُهُمْ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً جَازَ قَبْضُ الذي يَتْلُوهُ في الْوِلَايَةِ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ إلَى قُدُومِ الْغَائِبِ تَفْوِيتُ الْمَنْفَعَةِ على الصَّغِيرِ فَتَنْتَقِلُ الْوِلَايَةُ إلَى من يَتْلُوهُ وَإِنْ كان دُونَهُ كما في وِلَايَةِ الْإِنْكَاحِ وَلَا يَجُوزُ قَبْضُ غَيْرِ هَؤُلَاءِ الْأَرْبَعَةِ مع وُجُودِ وَاحِدٌ منهم سَوَاءٌ كان الصَّبِيُّ في عِيَالِ الْقَابِضِ أو لم يَكُنْ وَسَوَاءٌ كان ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه كَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَالْأُمِّ وَنَحْوِهِمْ أو أَجْنَبِيًّا لِأَنَّهُ ليس لِغَيْرِ هَؤُلَاءِ وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ في مَالِ الصَّبِيِّ فَقِيَامُ وِلَايَةُ التَّصَرُّفِ لهم تَمْنَعُ ثُبُوتَ حَقِّ الْقَبْضِ لِغَيْرِهِمْ فَإِنْ لم يَكُنْ أَحَدٌ من هَؤُلَاءِ الْأَرْبَعَةِ جَازَ قَبْضُ من كان الصَّبِيُّ

في حِجْرِهِ وَعِيَالِهِ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ
وَلَا يَجُوزُ قَبْضُ من لم يَكُنْ في عِيَالِهِ أَجْنَبِيًّا كان أو ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الذي في عِيَالِهِ له عليه ضَرْبُ وِلَايَةٍ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُؤَدِّبُهُ وَيُسَلِّمُهُ في الصَّنَائِعِ التي لِلصَّبِيِّ فيها مَنْفَعَةٌ وَلِلصَّبِيِّ في قَبْضِ الْهِبَةِ مَنْفَعَةٌ مَحْضَةٌ فَقِيَامُ هذا الْقَدْرِ من الْوِلَايَةِ يَكْفِي لِتَصَرُّفٍ فيه مَنْفَعَةٌ مَحْضَةٌ لِلصَّبِيِّ
وَأَمَّا من ليس في عِيَالِهِ فَلَا وِلَايَةَ له عليه أَصْلًا فَلَا يَجُوزُ قَبْضُهُ له كَالْأَجْنَبِيِّ
وَالْقَبْضُ لِلصَّبِيَّةِ إذَا عَقَلَتْ وَلَهَا زَوْجٌ قد دخل بها زَوْجهَا أَيْضًا اسْتِحْسَانًا لِأَنَّهَا في عِيَالِهِ لَكِنْ هذا إذَا لم يَكُنْ أَحَدٌ من هَؤُلَاءِ فَأَمَّا عِنْدَ وُجُودِ وَاحِدٍ منهم فَلَا يَجُوزُ قَبْضُ الزَّوْجِ كَذَا ذَكَرَهُ الْحَاكِمُ الْجَلِيلُ في مُخْتَصَرِهِ
وَأَمَّا الثَّانِي الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْقَبْضِ فَهُوَ أَنَّ الْقَبْضَ الْمَوْجُودَ في الْهِبَةِ يَنُوبُ عن قَبْضِ الْهِبَةِ سَوَاءٌ كان الْمَوْجُودُ وَقْتَ الْعَقْدِ مِثْلَ قَبْضِ الْهِبَةِ أو أَقْوَى منه لِأَنَّهُ إذَا كان مِثْلُهُ أَمْكَنَ تَحْقِيقَ التَّنَاوُبِ إذْ الْمُتَمَاثِلَانِ غير أَنْ يَنُوبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقَامَ صَاحِبِهِ وَيَسُدُّ مَسَدَّهُ فَتُثْبِتُ الْمُنَاوَبَةُ مُقْتَضَى الْمُمَاثَلَةِ
وإذا كان أَقْوَى منه يُوجَدُ فيه الْمُسْتَحَقُّ وَزِيَادَةٌ
وَبَيَانُ هذا في مَسَائِلَ إذَا كان الْمَوْهُوبُ في يَدِ الْمَوْهُوبِ له وَدِيعَةً أو عَارِيَّةً

فَوَهَبَ منه جَازَتْ الْهِبَةُ وَصَارَ قَابِضًا بِنَفْسِ الْعَقْدِ وَوَقَعَ الْعَقْدُ وَالْقَبْضُ مَعًا وَلَا يَحْتَاجُ إلَى تَجْدِيدِ الْقَبْضِ بَعْدَ الْعَقْدِ اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَصِيرَ قَابِضًا ما لم يُجَدِّدْ الْقَبْضَ وهو أَنْ يُخَلِّيَ بين نَفْسِهِ وَبَيْنَ الْمَوْهُوبِ بَعْدَ الْعَقْدِ
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ يَدَ الْمُودِعِ إنْ كانت يَدُهُ صُورَةً فَهِيَ يَدُ الْمُودَعِ مَعْنًى فَكَانَ الْمَالُ في يَدِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ وَهَبَ له ما في يَدِهِ فَلَا بُدَّ من الْقَبْضِ بِالتَّخْلِيَةِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الْقَبْضَيْنِ مُتَمَاثِلَانِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَبْضٌ غَيْرُ مَضْمُونٍ إذْ الْهِبَةُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ وَكَذَا عَقْدُ الْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَّةِ فَتَمَاثَلَ القبضان (((القابضان))) فَيَتَنَاوَبَانِ ضَرُورَةً بِخِلَافِ بَيْعِ الْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَّةِ من الْمُودِعِ وَالْمُسْتَعِيرِ لِأَنَّ قَبْضَهُمَا لَا يَنُوبُ عن قَبْضِ الْبَيْعِ لِأَنه قَبْضَ أَمَانَةٌ وَقَبْضَ الْبَيْعِ قَبْضُ ضَمَانٍ فلم يَتَمَاثَلْ الْقَبْضَانِ بَلْ الْمَوْجُودُ أَدْنَى من الْمُسْتَحَقِّ فلم يَتَنَاوَبَا
وَلَوْ كان الْمَوْهُوبُ في يَدِهِ مَغْصُوبًا أو مَقْبُوضًا بِبَيْعٍ فَاسِدٍ أو مَقْبُوضًا على سَوْمِ الشِّرَاءِ فَكَذَا يَنُوبُ ذلك عن قَبْضِ الْهِبَةِ لِوُجُودِ الْمُسْتَحَقِّ بِالْعَقْدِ وهو أَصْلُ الْقَبْضِ وَزِيَادَةُ ضَمَانٍ
وَلَوْ كان الْمَوْهُوبُ مَرْهُونًا في يَدِهِ ذَكَرَ في الْجَامِعِ أَنَّهُ يَصِيرُ قَابِضًا وَيَنُوبُ قَبْضُ الرَّهْنِ عن قَبْضِ الْهِبَةِ لِأَنَّ قَبْضَ الْهِبَةِ قَبْضُ أَمَانَةٍ وَقَبْضَ الرَّهْنِ في حَقّ الْعَيْنِ قَبْضُ أَمَانَةٍ أَيْضًا فَيَتَمَاثَلَانِ فَنَابَ أَحَدُهُمَا عن الْآخَرِ وَلَئِنْ كان قَبْضُ الرَّهْنِ قَبْضَ ضَمَانٍ فَقَبْضُ الضَّمَانِ أَقْوَى من قَبْضِ الْأَمَانَةِ وَالْأَقْوَى يَنُوبُ عن الْأَدْنَى لِوُجُودِ الْأَدْنَى فيه وَزِيَادَةٌ وإذا صَحَّتْ الْهِبَةُ بِالْقَبْضِ بَطَلَ الرَّهْنُ وَيَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ بِدَيْنِهِ على الرَّاهِنِ
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّهُ لَا يَصِيرُ قَابِضًا حتى يُجَدِّدَ الْقَبْضَ بَعْدَ عَقْدِ الْهِبَةِ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ وَإِنْ كان قَبْضُ ضَمَانٍ لَكِنْ هذا ضَمَانٌ لَا تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ منه فَلَا يَحْتَمِلُ الْإِبْرَاءَ بِالْهِبَةِ لِيَصِيرَ قَبْضَ أَمَانَةٍ فَيَتَجَانَسُ الْقَبْضَانِ فَيَبْقَى قَبْضُ ضَمَانٍ

فَاخْتَلَفَ الْقَبْضَانِ فَلَا يَتَنَاوَبَانِ بِخِلَافِ الْمَغْصُوبِ وَالْمَقْبُوضِ على سَوْمِ الشِّرَاءِ لِأَنَّ ذلك الضَّمَانَ مِمَّا تَصِحُّ الْبَرَاءَةُ عنه فَيَبْرَأُ عنه بِالْهِبَةِ وَيَبْقَى قَبْضٌ بِغَيْرِ ضَمَانٍ فَتَمَاثَلَ القبضان (((القابضان))) فَيَتَنَاوَبَانِ

وَلَوْ كان مَبِيعًا قبل الْقَبْضِ فَوَهَبَ من الْبَائِعِ جَازَ وَلَكِنْ لَا يَكُونُ هِبَةً بَلْ يَكُونُ إقَالَةً حتى لَا تَصِحَّ بِدُونِ قَبُولِ الْبَائِعِ

وَلَوْ بَاعَهُ من الْبَائِعِ قبل الْقَبْضِ لَا يُجْعَلُ إقَالَةً بَلْ يَبْطُلُ أَصْلًا وَرَأْسًا وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْبُيُوعِ

وَلَوْ نَحَلَ ابْنَهُ الصَّغِيرَ شيئا جَازَ وَيَصِيرُ قَابِضًا له مع الْعَقْدِ كما إذَا بَاعَ مَالَهُ منه حتى لو هَلَكَ عَقِيبَ الْبَيْعِ يَهْلِكُ من مَالِ الِابْنِ لِصَيْرُورَتِهِ قَابِضًا لِلصَّغِيرِ مع الْعَقْدِ وَيَنْبَغِي لِلرَّجُلِ أَنْ يَعْدِلَ بين أَوْلَادِهِ في النَّحْلَى لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { إنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ }

وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ الْعَدْلِ بَيْنَهُمْ فَقَدْ قال أبو يُوسُفَ الْعَدْلُ في ذلك أَنْ يُسَوِّيَ بَيْنَهُمْ في الْعَطِيَّةِ وَلَا يُفَضِّلَ الذَّكَرَ على الْأُنْثَى

وقال مُحَمَّدٌ الْعَدْلُ بَيْنَهُمْ أَنْ يُعْطِيَهُمْ على سَبِيلِ التَّرْتِيبِ في الْمَوَارِيثِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ كَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي الِاخْتِلَافَ بَيْنَهُمَا في شَرْحِ مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الموطأ يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ أَنْ يُسَوِّيَ بين وَلَدِهِ في النحلى (((النحل))) وَلَا يُفَضِّلَ بَعْضَهُمْ على بَعْضٍ وَظَاهِرُ هذا يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ مع قَوْلِ أبي يُوسُفَ وهو الصَّحِيحُ لِمَا رُوِيَ أَنَّ بَشِيرًا أَبَا النُّعْمَانِ أتى بِالنُّعْمَانِ إلَى رسول اللَّهِ فقال إنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هذا غُلَامًا كان لي فقال له رسول اللَّهِ كُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَهُ مِثْلَ هذا فقال لَا فقال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَأَرْجِعهُ وَهَذَا إشَارَةٌ إلَى الْعَدْلِ بين الْأَوْلَادِ في النِّحْلَةِ وهو التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ وَلِأَنَّ في التَّسْوِيَةِ تَأْلِيفَ الْقُلُوبِ وَالتَّفْضِيلُ يُورِثُ الْوَحْشَةَ بَيْنَهُمْ فَكَانَتْ التَّسْوِيَةُ أَوْلَى

وَلَوْ نَحَلَ بَعْضًا وَحَرَمَ بَعْضًا جَازَ من طَرِيقِ الْحُكْمِ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ في خَالِصِ مِلْكِهِ لَا حَقَّ لِأَحَدٍ فيه إلَّا أَنَّهُ لَا يَكُونُ عَدْلًا سَوَاءٌ كان الْمَحْرُومُ فَقِيهًا تَقِيًّا أو جَاهِلًا فَاسِقًا على قَوْلِ الْمُتَقَدِّمِينَ من مَشَايِخِنَا

وَأَمَّا على قَوْلِ الْمُتَأَخِّرِينَ منهم لَا بَأْسَ أَنْ يُعْطِيَ الْمُتَأَدِّبِينَ وَالْمُتَفَقِّهِينَ دُونَ الْفَسَقَةِ الْفَجَرَةِ

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْهِبَةِ فَالْكَلَامُ فيه في ثَلَاثِ مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَصْلِ الْحُكْمِ وفي بَيَانِ صِفَتِهِ وفي بَيَانِ ما يَرْفَعُ الْحُكْمَ

أَمَّا أَصْلُ الْحُكْمِ فَهُوَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ لِلْمَوْهُوبِ له في الْمَوْهُوبِ من غَيْرِ عِوَضٍ لِأَنَّ الْهِبَةَ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ من غَيْرِ عِوَضٍ فَكَانَ حُكْمُهَا مِلْكَ الْمَوْهُوبِ من غَيْرِ عِوَضٍ

وَأَمَّا صِفَتُهُ فَقَدْ اخْتَلَفَ فيها قال أَصْحَابُنَا هِيَ ثُبُوتُ مِلْكٍ غَيْرِ لَازِمٍ في الْأَصْلِ وَلِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ في هِبَتِهِ وَإِنَّمَا يَثْبُتُ اللُّزُومُ وَيَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ بِأَسْبَابٍ عَارِضَةٍ وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الثَّابِتُ بِالْهِبَةِ مِلْكٌ لَازِمٌ في الْأَصْلِ وَلَا يَثْبُتُ الرُّجُوعُ إلَّا في هِبَةِ الْوَلَدِ خَاصَّةً وَهِيَ هِبَةُ الْوَالِدِ لِوَلَدِهِ فَنَقُولُ يَقَعُ

الْكَلَامُ في هذا الْفَصْلِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ ثُبُوتِ حَقِّ الرُّجُوعِ في الْهِبَةِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ صِحَّةِ الرُّجُوعِ بَعْدَ ثُبُوتِ الْحَقِّ وفي بَيَانِ الْعَوَارِضِ الْمَانِعَةِ من الرُّجُوعِ وفي بَيَانِ مَاهِيَّةِ الرُّجُوعِ وَحُكْمِهِ شَرْعًا
أَمَّا ثُبُوتُ حَقِّ الرُّجُوعِ فَحَقُّ الرُّجُوعِ في الْهِبَةِ ثَابِتٌ عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ
احْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال لَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ في هِبَتِهِ إلَّا فِيمَا يَهَبُ الْوَالِدُ لِوَلَدِهِ وَهَذَا نَصٌّ في مَسْأَلَةِ هِبَةِ الْأَجْنَبِيِّ وَالْوَالِدِ
وَرُوِيَ عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال الْعَائِدُ في هِبَتِهِ كَالْعَائِدِ في قَيْئِهِ وَالْعَوْدُ في الْقَيْءِ حَرَامٌ كَذَا في الْهِبَةِ وَلِأَنَّ الْأَصْلَ في الْعُقُودِ هو اللُّزُومُ وَالِامْتِنَاعُ بِعَارِضِ خَلَلٍ في الْمَقْصُودِ ولم يُوجَدْ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ من الْهِبَةِ اكْتِسَابُ الصِّيتِ بِإِظْهَارِ الْجُودِ وَالسَّخَاءِ لَا طَلَبُ الْعِوَضِ فَمَنْ طَلَبَ مِنْهُمَا الْعِوَضَ فَقَدْ طَلَبَ من الْعَقْدِ ما لم يُوضَعْ له فَلَا يُعْتَبَرُ طَلَبُهُ أَصْلًا
وَلَنَا الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَإِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
أَمَّا الْكِتَابُ العزيز (((العزيز))) فَقَوْلُهُ تَعَالَى { وإذا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ منها أو رُدُّوهَا } وَالتَّحِيَّةُ وَإِنْ كانت تُسْتَعْمَلُ في مَعَانٍ من السَّلَامِ وَالثَّنَاءِ وَالْهَدِيَّةِ بِالْمَالِ قال الْقَائِلُ تَحِيَّتُهُمْ بِيضُ الْوَلَاءِ بِدِينِهِمْ لَكِنْ الثَّالِثُ تَفْسِيرٌ مُرَادٌ بِقَرِينَةٍ من نَفْسِ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ وَهِيَ قَوْله تَعَالَى { أو رُدُّوهَا } لِأَنَّ الرَّدَّ إنَّمَا يَتَحَقَّقُ في الْأَعْيَانِ لَا في الْأَعْرَاضِ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عن إعَادَةِ الشَّيْءِ وَذَا لَا يُتَصَوَّرُ في الْأَعْرَاضِ وَالْمُشْتَرَكِ يَتَعَيَّنُ أَحَدُ وُجُوهِهِ بِالدَّلِيلِ
وَأَمَّا السُّنَّةُ فما رُوِيَ عن أبي هُرَيْرَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال قال رسول اللَّهِ الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ ما لم يُثِبْ منها أَيْ يعوض (((بعوض))) جَعَلَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْوَاهِبَ أَحَقَّ بِهِبَتِهِ ما لم يَصِلْ إلَيْهِ الْعِوَضُ
وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ
وَأَمَّا إجْمَاعُ الصَّحَابَةِ فإنه رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ وَسَيِّدِنَا عُثْمَانَ وَسَيِّدِنَا عَلِيٍّ وَعَبْدِ اللَّهِ بن سَيِّدِنَا عُمَرَ وَأَبِي الدَّرْدَاءِ وَفَضَالَةَ بن عُبَيْدٍ وَغَيْرِهِمْ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قالوا مِثْلَ مَذْهَبِنَا ولم يَرِدْ عن غَيْرِهِمْ خِلَافُهُ فَيَكُونَ إجْمَاعًا وَلِأَنَّ الْعِوَضَ الْمَالِيَّ قد يَكُونُ مَقْصُودًا من هِبَةِ الْأَجَانِبِ فإن الْإِنْسَانَ قد يَهَبُ من الْأَجْنَبِيِّ إحْسَانًا إلَيْهِ وَإِنْعَامًا عليه وقد يَهَبُ له طَمَعًا في الْمُكَافَأَةِ وَالْمُجَازَاةِ عُرْفًا وَعَادَةً فَالْمَوْهُوبُ له مَنْدُوبٌ إلَى ذلك شَرْعًا قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { هل جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إلَّا الْإِحْسَانُ }
وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من اصْطَنَعَ إلَيْكُمْ مَعْرُوفًا فَكَافِئُوهُ فَإِنْ لم تَجِدُوا ما تُكَافِئُونَهُ فَادْعُوا له حتى يَعْلَمَ أَنَّكُمْ قد كَافَأْتُمُوهُ وقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَهَادَوْا تَحَابُّوا وَالتَّهَادِي تَفَاعُلٌ من الْهَدِيَّةِ فَيَقْتَضِي الْفِعْلَ من اثْنَيْنِ وقد لَا يَحْصُلُ هذا الْمَقْصُودُ من الْأَجْنَبِيِّ وَفَوَاتُ الْمَقْصُودِ من عَقْدٍ مُحْتَمِلٍ لِلْفَسْخِ يُمْنَعُ لُزُومُهُ كَالْبَيْعِ لِأَنَّهُ يَعْدَمُ الرِّضَا وَالرِّضَا في هذا الْبَابِ كما هو شَرْطُ الصِّحَّةِ فَهُوَ شَرْطُ اللُّزُومِ كما في الْبَيْعِ إذَا وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالْمَبِيعِ عَيْبًا لم يَلْزَمْهُ الْعَقْدُ لِعَدَمِ الرِّضَا عِنْدَ عَدَمِ حُصُولِ الْمَقْصُودِ وهو السَّلَامَةُ
كَذَا هذا
وَأَمَّا الْحَدِيثُ الْأَوَّلُ فَلَهُ تَأْوِيلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ مَحْمُولٌ على الرُّجُوعِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضَاءٍ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ عِنْدَنَا إلَّا فِيمَا وَهَبَ الْوَالِدُ لِوَلَدِهِ فإنه يَحِلُّ له أَخْذُهُ من غَيْرِ رِضَا الْوَلَدِ وَلَا قَضَاءِ الْقَاضِي إذَا احْتَاجَ إلَيْهِ لِلْإِنْفَاقِ على نَفْسِهِ
الثَّانِي أَنَّهُ مَحْمُولٌ على نَفْيِ الْحِلِّ من حَيْثُ الْمُرُوءَةِ وَالْخُلُقِ لَا من حَيْثُ الْحُكْمِ لِأَنَّ نَفْيَ الْحِلِّ يَحْتَمِلُ ذلك قال اللَّهُ عز وجل في رَسُولِنَا عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ { لَا يَحِلُّ لك النِّسَاءُ من بَعْدُ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ من أَزْوَاجٍ } قِيلَ في

بَعْضِ التَّأْوِيلَاتِ لَا يَحِلُّ لك من حَيْثُ الْمُرُوءَةِ وَالْخَلْفِ أَنْ تَتَزَوَّجَ عَلَيْهِنَّ بعدما اخْتَرْنَ إيَّاكَ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ على الدُّنْيَا وما فيها من الزِّينَةِ لَا من حَيْثُ الْحُكْمِ إذ كان يَحِلُّ له التَّزَوُّجُ بِغَيْرِهِنَّ وَهَذَا تَأْوِيلُ الحديث وَالْآخَرُ أَنَّ الْمُرَادَ منه التَّشْبِيهُ من حَيْثُ ظَاهِرِ الْقُبْحِ مُرُوءَةً وَطَبِيعَةً لَا شَرِيعَةً

أَلَا تَرَى أَنَّهُ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في رِوَايَةٍ أُخْرَى الْعَائِدُ في هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ في قَيْئِهِ وَفِعْلُ الْكَلْبِ لَا يُوصَفُ بِالْحُرْمَةِ الشَّرْعِيَّةِ لَكِنَّهُ يُوصَفُ بِالْقُبْحِ الطَّبِيعِيِّ

كَذَا هذا

وَقَوْلُهُ فِيمَا يَهَبُهُ الْوَالِدُ لِوَلَدِهِ مَحْمُولٌ على أخذ (((أخذه))) مَالِ ابْنِهِ عِنْدَ الْحَاجَةِ إلَيْهِ لَكِنَّهُ سَمَّاهُ رُجُوعًا لِتَصَوُّرِهِ بِصُورَةِ الرُّجُوعِ مَجَازًا وَإِنْ لم يَكُنْ رُجُوعًا حَقِيقَةً على ما نَذْكُرُهُ في تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَأَمَّا شَرَائِطُ الرُّجُوعِ بَعْدَ ثُبُوتِ الْحَقِّ حتى لَا يَصِحَّ بِدُونِ الْقَضَاءِ وَالرِّضَا لِأَنَّ الرُّجُوعَ فَسْخُ الْعَقْدِ بَعْدَ تَمَامِهِ وَفَسْخُ الْعَقْدِ بَعْدَ تَمَامِهِ يَصِحُّ بِدُونِ الْقَضَاءِ وَالرِّضَا كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ في الْبَيْعِ بَعْدَ الْقَبْضِ

وَأَمَّا الْعَوَارِضُ الْمَانِعَةُ من الرُّجُوعِ فَأَنْوَاعٌ منها هَلَاكُ الْمَوْهُوبِ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى الرُّجُوعِ في الْهَالِكِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الرُّجُوعِ في قِيمَتِهِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ

بِمَوْهُوبَةٍ لِانْعِدَامِ وُرُودِ الْعَقْدِ عليها

وَمِنْهَا خُرُوجُ الْمَوْهُوبِ من مِلْكِ الْوَاهِبِ بِأَيِّ سَبَبٍ كان من الْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَالْمَوْتِ وَنَحْوِهَا لِأَنَّ الْمِلْكَ يَخْتَلِفُ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ أَما بِالْبَيْعِ وَالْهِبَةِ وَنَحْوِهِمَا فَظَاهِرٌ وَكَذَا بِالْمَوْتِ لِأَنَّ الثَّابِتَ لِلْوَارِثِ غَيْرُ ما كان ثَابِتًا لِلْمُوَرِّثِ حَقِيقَةً لِأَنَّ الْمِلْكَ عَرَضٌ يَتَجَدَّدُ في كل زَمَانٍ إلَّا أَنَّهُ مع تَجَدُّدِهِ حَقِيقَةً جُعِلَ مُتَجَدِّدًا تَقْدِيرًا في حَقِّ الْمَحَلِّ حتى يَرُدَّ الْوَارِثُ بِالْعَيْبِ وَيُرَدَّ عليه فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِالْحَقِيقَةِ في حَقِّ الْمَالِكِ فَاخْتَلَفَ الْمِلْكَانِ وَاخْتِلَافُ الْمِلْكَيْنِ بِمَنْزِلَةِ اخْتِلَافِ الْعَيْنَيْنِ ثُمَّ لو وَهَبَ عَيْنًا لم يَكُنْ له أَنْ يَرْجِعَ في عَيْنٍ أُخْرَى فَكَذَا إذَا أَوْجَبَهُ مِلْكًا لم يَكُنْ له أَنْ يَفْسَخَ مِلْكًا آخَرَ بِخِلَافِ ما إذَا وَهَبَ لِعَبْدِ رَجُلٍ هِبَةً فَقَبَضَهَا الْعَبْدُ أَنَّ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فيها لِأَنَّ الْمِلْكَ هُنَاكَ لم يَخْتَلِفْ لِأَنَّ الْهِبَةَ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِلْمِلْكِ لِلْمَوْلَى ابْتِدَاء فلم يَخْتَلِف الْمِلْك وَكَذَا الْمُكَاتَبُ إذَا وَهَبَ له هِبَةً وَقَبَضَهَا فَلِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ لِمَا قُلْنَا

وَكَذَلِكَ إنْ أَعْتَقَ الْمُكَاتَبَ لِأَنَّ الْمِلْكَ الذي أَوْجَبَهُ بِالْهِبَةِ قد اسْتَقَرَّ بِالْعِتْقِ فَكَأَنَّهُ وَهَبَ له بَعْد الْعِتْق فَإِنْ عَجَزَ الْمُكَاتَبُ وَرُدَّ في الرِّقّ فَلِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِع عِنْد أبي يُوسُفَ وَعِنْد مُحَمَّدٍ ليس له أَنْ يَرْجِع وَهَذَا بِنَاء على أَنَّ الْمُكَاتَبَ إذَا عَجَزَ عن أَدَاء بَدَلِ الْكِتَابَة فَالْمَوْلَى يَمْلِك أَكْسَابه بِحُكْمِ الْمِلْك الْأَوَّل أو يَمْلِكهَا مِلْكًا مُبْتَدَأ فَعِنْد أبو (((أبي))) يُوسُفَ يَمْلِكهَا بِحُكْمِ الْمِلْكِ الْأَوَّلِ فلم يَخْتَلِف الْمِلْك فَكَانَ له أَنْ يَرْجِع وَعِنْد مُحَمَّدٍ يَمْلِكهَا مِلْكًا مُبْتَدَأ فَاخْتَلَفَ الْمِلْكُ فَمَنَعَ الرُّجُوع

وَجْه قَوْل مُحَمَّدٍ أَنَّ مِلْك الْكَسْب لِلْمَوْلَى قد بَطَلَ بِالْكِتَابَةِ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ صَارَ أَحَقّ بِأَكْسَابِهِ بِالْكِتَابَةِ فَبَطَلَ مِلْك الْمَوْلَى بِالْكَسْبِ وَالْبَاطِل لَا يَحْتَمِل الْعَوْد فَكَانَ هذا مِلْكًا مُبْتَدَأ فَيُمْنَع الرُّجُوع كَمِلْكِ الْوَارِث

وَجْه قَوْل أبي يُوسُفَ أَنَّ سَبَب ثُبُوت مِلْك الْكَسْبِ هو مِلْك الرَّقَبَة وَمِلْك الرَّقَبَة قَائِم بَعْد الْكِتَابَة إلَّا أَنَّهُ امْتَنَعَ ظُهُورُ مِلْكِ الْكَسْب لِلْمَوْلَى لِضَرُورَةِ التَّوَصُّل إلَى الْمَقْصُود من الْكِتَابَة في جَانِب الْمُكَاتَبِ وهو شَرَف الْحُرِّيَّة بِأَدَاءِ بَدَل الْكِتَابَة فإذا عَجَزَ زَالَتْ الضَّرُورَة وَظَهَرَ مِلْك الْكَسْب تَبَعًا لِمِلْكِ الرَّقَبَة فلم يَكُنْ هذا مِلْكًا مُبْتَدَأً

ومنها مَوْت الْوَاهِبِ لِأَنَّ الْوَارِث لم يُوجِب الْمِلْك لِلْمَوْهُوبِ له فَكَيْفَ يَرْجِع في مِلْك لم يُوجِبهُ

وَمِنْهَا الزِّيَادَة في الْمَوْهُوبِ زِيَادَة مُتَّصِلَة فَنَقُول جُمْلَة الْكَلَام في زِيَادَة الْهِبَة أنها لَا تَخْلُو إمَّا إنْ كانت مُتَّصِلَة بِالْأَصْلِ وَإِمَّا إنْ كانت مُنْفَصِلَة عنه فَإِنْ كانت مُتَّصِلَة بِالْأَصْلِ فَإِنَّهَا تَمْنَع الرُّجُوع سَوَاءٌ كانت الزِّيَادَة بِفِعْلِ الْمَوْهُوب له أو لَا بِفِعْلِهِ وَسَوَاء كانت مُتَوَلِّدَةً أو غَيْر مُتَوَلِّدَةٍ نَحْو ما إذَا كان الْمَوْهُوب جَارِيَة هَزِيلَة فَسَمِنَتْ أو دَارًا فَبَنَى فيها أو أَرْضًا فَغَرَسَ فيها غَرْسًا أو نَصَبَ دُولَابًا وَغَيْر ذلك مِمَّا يُسْتَقَى بِهِ وهو مُثَبَّت في الْأَرْضِ مَبْنِيٌّ عليها على وَجْه يَدْخُل في بَيْع الْأَرْض من غَيْر تَسْمِيَة قَلِيلًا كان أو كَثِيرًا أو كان الْمَوْهُوب ثَوْبًا فَصَبَغَهُ بِعُصْفُرٍ أو زَعْفَرَان أو قَطَّعَهُ قَمِيصًا وَخَاطَهُ أو جُبَّةً وَحَشَاهُ أو قَبَاءً لِأَنَّهُ لَا سَبِيل إلَى الرُّجُوع في الْأَصْلِ مع الزيادة (((زيادة))) لِأَنَّ الزِّيَادَة لَيْسَتْ بِمَوْهُوبَةٍ إذ لم يَرِد عليها الْعَقْد فَلَا يَجُوز أَنْ يَرِد عليها الْفَسْخ وَلَا سَبِيل إلَى الرُّجُوع في الْأَصْل بِدُونِ الزِّيَادَة لِأَنَّهُ غَيْر مُمْكِن فَامْتَنَعَ الرُّجُوع أَصْلًا

وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْب بِصِبْغ لَا يَزِيد فيه أو يَنْقُصهُ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ لِأَنَّ الْمَانِع من الرُّجُوع هو الزِّيَادَة فإذا لم يَزِدْهُ الصِّبْغ في الْقِيمَة الْتُحِقَتْ الزِّيَادَة بِالْعَدَمِ وَإِنْ كانت الزِّيَادَة مُنْفَصِلَة فَإِنَّهَا لَا تَمْنَع الرُّجُوع سَوَاء كانت مُتَوَلِّدَة من الْأَصْلَ كَالْوَلَدِ وَاللَّبَنِ والتمر (((والثمر))) أو غَيْر مُتَوَلِّدَة كَالْأَرْشِ وَالْعُقْرِ وَالْكَسْب وَالْغَلَّة لِأَنَّ هذه الزَّوَائِد لم يَرِد عليها الْعَقْد فَلَا يَرِد عليها الْفَسْخ وَإِنَّمَا وَرَدَ على الْأَصْل وَيُمْكِن فَسْخ الْعَقْد في الْأَصْلِ دُون الزِّيَادَة بِخِلَافِ الْمُتَّصِلَة وَبِخِلَافِ وَلَدِ الْمَبِيع أَنَّهُ يَمْنَعُ الرَّدّ بِالْعَيْبِ لِأَنَّ الْمَانِع هُنَاكَ هو الرِّبَا لِأَنَّهُ يَبْقَى الْوَلَد بَعْد رَدَّ الْأُمّ بِكُلِّ الثَّمَن مَبِيعًا مَقْصُودًا لَا يُقَابِلهُ عِوَض وَهَذَا تَفْسِير الرِّبَا

وَمَعْنَى الرِّبَا لَا يُتَصَوَّر في الْهِبَة لِأَنَّ جَرَيَان الرِّبَا يَخْتَصُّ بِالْمُعَاوَضَاتِ فَجَازَ أَنْ يَبْقَى الْوَلَد مَوْهُوبًا مَقْصُودًا بِلَا عِوَض بِخِلَافِ الْمَبِيع وَكَذَا الزِّيَادَة في سِعْر لَا تَمْنَع الرُّجُوع لِأَنَّهُ لَا تَعَلُّقَ لها بِالْمَوْهُوبِ وَإِنَّمَا هِيَ رَغْبَة يُحْدِثُهَا اللَّه تَعَالَى في الْقُلُوب فَلَا تَمْنَع الرُّجُوع وَلِهَذَا لم تُعْتَبَر هذه الزِّيَادَة في أُصُول الشَّرْع فَلَا تُغَيِّر ضَمَان الرَّهْنِ وَلَا الْغَصْب وَلَا تَمْنَع الرَّدّ بِالْعَيْبِ

وَأَمَّا نُقْصَان الْمَوْهُوب فَلَا يَمْنَع الرُّجُوع لِأَنَّ ذلك رُجُوع في بَعْض الْمَوْهُوب وَلَهُ أَنْ يَرْجِع في بَعْض الْمَوْهُوب مع بَقَائِهِ بِكَمَالِهِ فَكَذَا إذَا نَقَصَ وَلَا يَضْمَن الْمَوْهُوب له النُّقْصَان لِأَنَّ قَبْض الْهِبَة ليس بِقَبْضٍ مَضْمُون

وَمِنْهَا الْعِوَض لِمَا رَوَيْنَا عن رَسُول اللَّه أَنَّهُ قال الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ

ما لم يُثِبْ منها أَيْ ما لم يُعَوَّض وَلِأَنَّ التَّعْوِيض دَلِيل على أَنَّ مَقْصُود الْوَاهِب هو الْوُصُول إلَى الْعِوَض فإذا وَصَلَ فَقَدْ حَصَلَ مَقْصُوده فَيُمْنَع الرُّجُوع وَسَوَاء

قَلَّ الْعِوَض أو كَثُرَ لِمَا رَوَيْنَا من الْحَدِيث من غَيْر فَصْل
فَنَقُول الْعِوَض نَوْعَانِ مُتَأَخِّر عن الْعَقْد وَمَشْرُوط في الْعَقْد
أَمَّا الْعِوَض الْمُتَأَخِّر عن الْعَقْد فَالْكَلَام فيه يَقَع في مَوْضِعَيْنِ أَحَدهمَا في بَيَان شَرْط جَوَاز هذا التَّعْوِيض وَصَيْرُورَة الثَّانِي عِوَضًا
وَالثَّانِي في بَيَان مَاهِيَّة هذا التَّعْوِيض
أَمَّا الْأَوَّل فَلَهُ شَرَائِط ثَلَاثَة الْأَوَّلَ مُقَابَلَة الْعِوَض بِالْهِبَةِ وهو أَنْ يَكُونَ التَّعْوِيض بِلَفْظٍ يَدُلّ على الْمُقَابَلَة نَحْو أَنْ يَقُولَ هذا عِوَض من هِبَتك أو بَدَل عن هِبَتك أو مَكَان هِبَتك أو نَحَلْتُكَ هذا عن هِبَتك أو تَصَدَّقْت بهذا بَدَلًا عن هِبَتك أو كَافَأْتُك أو جَازَيْتُك أو أَثَبْتُك وما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى لِأَنَّ الْعِوَض اسْم لِمَا يُقَابِل الْمُعَوَّضَ فَلَا بُدَّ من لَفْظ يَدُلّ على الْمُقَابَلَة حتى لو وَهَبَ لِإِنْسَانٍ شيئا وَقَبَضَهُ الْمَوْهُوب له
ثُمَّ إنَّ الْمَوْهُوب له أَيْضًا وَهَبَ شيئا لِلْوَاهِبِ ولم يَقُلْ هذا عِوَض من هِبَتك وَنَحْو ذلك مِمَّا ذَكَرْنَا لم يَكُنْ عِوَضًا بَلْ كان هِبَة مبتدأ (((مبتدأة))) وَلِكُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا حَقّ الرُّجُوع لِأَنَّهُ لم يَجْعَل الْبَاقِيَ مُقَابَلًا بِالْأَوَّلِ لِانْعِدَامِ ما يَدُلّ على الْمُقَابَلَة فَكَانَتْ هِبَة مُبْتَدَأَة فَيَثْبُت فيها الرُّجُوع
وَالثَّانِي أن لَا يَكُون الْعِوَض في الْعَقْد مَمْلُوكًا بِذَلِكَ الْعَقْد حتى لو عَوَّضَ الْمَوْهُوب له الْوَاهِبَ بِالْمَوْهُوبِ لَا يَصِحّ وَلَا يَكُون عِوَضًا
وَإِنْ عَوَّضَهُ بِبَعْضِ الْمَوْهُوب عن بَاقِيه فَإِنْ كان الْمَوْهُوب على حَالِهِ التي وَقَعَ عليها الْعَقْد لم يَكُنْ عِوَضًا لِأَنَّ التَّعْوِيض بِبَعْضِ الْمَوْهُوب لَا يَكُون مَقْصُود الْوَاهِب عَادَة إذْ لو كان ذلك مَقْصُوده لَأَمْسَكَهُ ولم يَهَبهُ فلم يَحْصُل مَقْصُوده بِتَعْوِيضِ بَعْض ما دخل تَحْت الْعَقْد فَلَا يَبْطُل حَقّ الرُّجُوع وَإِنْ كان الْمَوْهُوب قد تَغَيَّرَ عن حَالِهِ تَغَيُّرًا يَمْنَع الرُّجُوع فإن بَعْض الْمَوْهُوب يَكُون عِوَضًا عن الْبَاقِي لِأَنَّهُ بِالتَّغَيُّرِ صَارَ بِمَنْزِلَةِ عَيْنٍ أُخْرَى فَصَلُحَ عِوَضًا هذا إذَا وَهَبَ شيئا وَاحِدًا أو شَيْئَيْنِ في عَقْد وَاحِد فَأَمَّا إذَا وَهَبَ شَيْئَيْنِ في عَقْدَيْنِ فَعَوَّضَ أَحَدهمَا عن الْآخَر فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَة يكون عِوَضًا وقال أبو يُوسُفَ لَا يَكُون عِوَضًا
وَجْه قَوْل أبي يُوسُفَ أن حَقّ الرُّجُوع ثَابِت في غَيْر ما عُوِّضَ لِأَنَّهُ مَوْهُوب وَحَقّ الرُّجُوع في الْهِبَة ثَابِت شَرْعًا فإذا عُوِّضَ يَقَع عن الْحَقّ الْمُسْتَحَقّ شَرْعًا فَلَا يَقَع مَوْقِع الْعِوَض بِخِلَافِ ما إذَا تَغَيَّرَ الْمَوْهُوب فَجَعَلَ بَعْضه عِوَضًا عن الْبَاقِي أَنَّهُ يَجُوز وكان مكانا (((ملكا))) عِوَضًا لِأَنَّ حَقّ الرُّجُوع قد بَطَلَ بِالتَّغَيُّرِ فَجَازَ أَنْ يَقَع مَوْقِع الْعِوَض
وَجْه قَوْلهمَا أنهما مُلِكَا بِعَقْدَيْنِ مُتَبَايِنَيْنِ فَجَازَ أَنْ يُجْعَل أَحَدهمَا عِوَضًا عن الْآخَر وَهَذَا لِأَنَّهُ يَجُوز أَنْ يَكُونَ مَقْصُود الْوَاهِب من هِبَته الثَّانِيَة عَوْدَ الْهِبَة الْأُولَى لِأَنَّ الْإِنْسَان قد يَهَب شيئا ثُمَّ يَبْدُو له الرُّجُوع فَصَارَ الْمَوْهُوب بِأَحَدِ الْعَقْدَيْنِ بِمَنْزِلَةِ عَيْن أُخْرَى بِخِلَافِ ما إذَا عُوِّضَ بَعْض الْمَوْهُوب عن الْبَاقِي وهو على حَالِهِ التي وَقَعَ عليها الْعَقْد لِأَنَّ بَعْض الْمَوْهُوب لَا يَكُون مَقْصُود الْوَاهِب فإن الْإِنْسَان لَا يَهَب شيئا لِيُسَلِّمَ له بَعْضه عِوَضًا عن بَاقِيهِ
وَقَوْله حَقّ الرُّجُوع ثَابِت شَرْعًا نعم لَكِنَّ الرُّجُوعَ في الْهِبَة ليس بِوَاجِبٍ فَلَا يَمْتَنِع وُقُوعه عن جِهَة أُخْرَى كما لو بَاعَهُ منه
وَلَوْ وَهَبَ له شيئا وَتَصَدَّقَ عليه بِشَيْءٍ فَعَوَّضَهُ الصَّدَقَة من الْهِبَة كانت عِوَضًا بِالْإِجْمَاعِ على اخْتِلَاف الْأَصْلَيْنِ
أَمَّا على أَصْل أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فَلَا يُشْكِل لِأَنَّهُمَا لو مُلِكَا بِعَقْدَيْنِ مُتَّفِقَيْنِ لَجَازَ أَنْ يَكُونَ أَحَدهمَا عِوَضًا عن الْآخَر فَعِنْدَ اخْتِلَاف الْعَقْدَيْنِ أَوْلَى

وَأَمَّا على أَصْلِ أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ فَلِأَنَّ الصَّدَقَة لَا يَثْبُت فيها حَقّ الرُّجُوع فَوَقَعَتْ مَوْقِع الْعِوَض
وَالثَّالِث سَلَامَة الْعِوَض لِلْوَاهِبِ فَإِنْ لم يَسْلَمْ بِأَنْ اُسْتُحِقَّ من يَده لم يَكُنْ عِوَضًا وَلَهُ أَنْ يَرْجِع في الْهِبَة لِأَنَّ بِالِاسْتِحْقَاقِ تَبَيَّنَ أَنَّ التَّعْوِيض لم يَصِحّ فَكَأَنَّهُ لم يُعَوَّض أَصْلًا فَلَهُ أَنْ يَرْجِع إنْ كان الْمَوْهُوب قَائِمًا بِعَيْنِهِ لم يَهْلِك ولم يَزْدَدْ خَيْرًا ولم يَحْدُث فيه ما يَمْنَعُ الرُّجُوع فَإِنْ كان قد هَلَكَ أو اسْتَهْلَكَهُ الْمَوْهُوب له لم يَضْمَنْهُ كما لو هَلَكَ أو اسْتَهْلَكَهُ قبل التَّعْوِيض وَكَذَا إذَا إزداد خَيْرًا لم يَضْمَن كما قبل التَّعْوِيض
وَإِنْ اُسْتُحِقَّ بَعْض الْعِوَض وَبَقِيَ الْبَعْض فَالْبَاقِي عِوَض عن كُلّ الْمَوْهُوب وَإِنْ شَاءَ رَدَّ ما بَقِيَ من الْعِوَض وَيَرْجِع في كُلّ الْمَوْهُوب إنْ كان قَائِمًا في يَده ولم يَحْدُثْ فيه ما يَمْنَع الرُّجُوع وَهَذَا قَوْل أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَة
وقال زُفَرُ يَرْجِع في الْهِبَة بِقَدْرِ الْمُسْتَحَقّ من الْعِوَض
وَجْه قَوْله أَن مَعْنَى الْمُعَاوَضَة ثَبَتَ من الْجَانِبَيْنِ جميعا فَكَمَا أَنَّ الثَّانِيَ عِوَض عن الْأَوَّل فَالْأَوَّل يَصِير عِوَضًا عن الثَّانِي ثُمَّ لو اُسْتُحِقَّ بَعْض الْهِبَة الْأُولَى كان لِلْمَوْهُوبِ له أَنْ

(6/130)

يَرْجِع في بَعْض الْعِوَض فَكَذَا إذَا اُسْتُحِقَّ بَعْض الْعِوَض كان لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِع في بَعْض الْهِبَة تَحْقِيقًا لِلْمُعَاوَضَةِ
وَلَنَا أَنَّ الْبَاقِيَ يَصْلُح عِوَضًا عن كُلّ الْهِبَة أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو لم يُعَوِّضهُ إلَّا بِهِ في الِابْتِدَاء كان عِوَضًا مَانِعًا عن الرُّجُوع فَكَذَا في الِانْتِهَاء بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الْبَقَاء أَسْهَلُ إلَّا أَنَّ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَرْجِع في الْهِبَة لِأَنَّ الْمَوْهُوب له غَرَّهُ حَيْثُ عَوَّضَهُ لِإِسْقَاطِ الرُّجُوع بِشَيْءٍ لم يُسَلِّمْ له فَيَثْبُتُ له الْخِيَار
وَأَمَّا سَلَامَة الْمُعَوَّض وهو الْمَوْهُوب لِلْمَوْهُوبِ له فَشَرْطه لُزُوم التَّعْوِيض حتى لو اُسْتُحِقَّ الْمَوْهُوب كان له أَنْ يَرْجِع فِيمَا عُوِّضَ لِأَنَّهُ إنَّمَا عُوِّضَ لِيُسْقِط حَقّ الرُّجُوع في الْهِبَة فإذا اُسْتُحِقَّ الْمَوْهُوب تَبَيَّنَ أَنَّ حَقّ الرُّجُوع لم يَكُنْ ثَابِتًا فَصَارَ كَمَنْ صَالَحَ عن دَيْنٍ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا دَيْن عليه وَكَذَلِكَ لو اُسْتُحِقَّ نِصْف الْمَوْهُوب فَلِلْمَوْهُوبِ له أَنْ يَرْجِع في نِصْف الْعِوَض إنْ كان الْمَوْهُوب مِمَّا يَحْتَمِل الْقِسْمَة لِأَنَّهُ إنَّمَا جُعِلَ عِوَضًا عن حَقّ الرُّجُوع في جَمِيع الْهِبَة فإذا لم يَسْلَم له بَعْضه يَرْجِع في الْعِوَض بِقَدْرِهِ سَوَاء زَادَ الْعِوَض أو نَقَصَ في السِّعْر أو زَادَ في الْبَدَن أو نَقَصَ في الْبَدَن كان له أَنْ يَأْخُذ نِصْفه وَنِصْف النُّقْصَان كَذَا رُوِيَ عن مُحَمَّدٍ في الْإِمْلَاء وَإِنَّمَا لم تَمْنَع الزِّيَادَةُ عن الرُّجُوع في الْعِوَض لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ له أَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ حَقّ فَصَارَ كَالْمَقْبُوضِ بِعَقْدٍ فَاسِد فَيَثْبُت الْفَسْخ في الزَّوَائِد وَإِنْ قال الْمَوْهُوب له أَرُدّ ما بَقِيَ من الْهِبَة وَأَرْجِع في الْعِوَض كُلّه لم يَكُنْ له ذلك لِأَنَّ الْعِوَض لم يَكُنْ مَشْرُوطًا في الْعَقْد بَلْ هو مُتَأَخِّر عنه
وَالْعِوَض الْمُتَأَخِّر ليس بِعِوَضٍ عن الْعَيْن حَقِيقَة بَلْ هو لِإِسْقَاطِ الرُّجُوع وقد حَصَلَ له سُقُوط الرُّجُوع فِيمَا بَقِيَ من الْهِبَة فلم يَكُنْ له أَنْ يَرْجِع في الْعِوَض فَإِنْ كان الْعِوَض مُسْتَهْلَكًا ضَمِنَ قَابِض الْعِوَض بِقَدْرِ ما وَجَبَ الرُّجُوع لِلْمَوْهُوبِ له فيه من الْعِوَض وَإِنْ اُسْتُحِقَّ كُلُّ الْهِبَة وَالْعِوَضُ مُسْتَهْلَك يَضْمَن كُلّ قِيمَة الْعِوَض

كَذَا ذَكَرَ في الْأَصْل من غَيْر خِلَاف وهو إحْدَى رِوَايَتَيْ بِشْرٍ عن أبي يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ
وَرَوَى بِشْرٌ رِوَايَة أُخْرَى عن أبي يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَضْمَن شيئا وهو قَوْل أبي يُوسُفَ
وَجْه رِوَايَة الْأَصْل أَنَّ الْقَبْض في الْعِوَض ما وَقَعَ مَجَّانًا وَإِنَّمَا وَقَعَ مُبْطِلًا حَقّ الرُّجُوع في الْأَوَّل فَإِنْ لم يَسْلَم الْمَقْصُود منه بَقِيَ الْقَبْض مَضْمُونًا فَكَمَا يَرْجِع بِعَيْنِهِ لو كان قَائِمًا يَرْجِع بِقِيمَتِهِ إذَا هَلَكَ
وَجْه الرِّوَايَة الْأُخْرَى أَنَّ الْعِوَض الْمُتَأَخِّر عن الْعَقْدِ في حُكْم الْهِبَة الْمُبْتَدَأَة حتى يُشْتَرَط فيه شَرَائِط الْهِبَة من الْقَبْض وَالْحِيَازَة وَالْمَوْهُوب غَيْر مَضْمُون بِالْهَلَاكِ هذا إذَا كان الْمَوْهُوب أو الْعِوَض شيئا لَا يَحْتَمِل الْقِسْمَة فَاسْتَحَقَّ بَعْضه
فَأَمَّا إذَا كان مِمَّا يَحْتَمِل الْقِسْمَة فَاسْتَحَقَّ بَعْض أَحَدهمَا بَطَلَ الْعِوَض إنْ كان هو الْمُسْتَحَقّ وَكَذَا تَبْطُل الْهِبَة إنْ كانت هِيَ الْمُسْتَحَقَّة فإذا بَطَلَ الْعِوَض رَجَعَ في الْهِبَة وإذا بَطَلَتْ الْهِبَة يَرْجِع في الْعِوَض لِأَنَّ بِالِاسْتِحْقَاقِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْهِبَة أو (((والتعويض))) التعويض وَقَعَ في مَشَاعٍ يَحْتَمِل الْقِسْمَة وَذَلِكَ بَاطِل
الثَّانِي بَيَان مَاهِيَّته فَالتَّعْوِيض الْمُتَأَخِّر عن الْهِبَة هِبَة مُبْتَدَأَة بِلَا خِلَاف من أَصْحَابِنَا يَصِحّ بِمَا تَصِحّ بِهِ الْهِبَة وَيَبْطُل بِمَا تَبْطُل بِهِ الْهِبَة لَا يُخَالِفهَا إلَّا في إسْقَاط الرُّجُوع على مَعْنَى أَنَّهُ يَثْبُت حَقّ الرُّجُوع في الْأُولَى وَلَا يَثْبُت في الثَّانِيَة فَأَمَّا فِيمَا وَرَاء ذلك فَهُوَ في حُكْم هِبَةٍ مُبْتَدَأَة لِأَنَّهُ تَبَرُّع بِتَمْلِيكِ الْعَيْن لِلْحَالِّ وَهَذَا مَعْنَى الْهِبَة إلَّا أَنَّهُ تَبَرَّعَ بِهِ لِيُسْقِط حَقّ الرُّجُوع عن نَفْسه في الْهِبَة الْأُولَى فَكَانَتْ هِبَة مُبْتَدَأَة مُسْقِطَة لِحَقِّ الرُّجُوع في الْهِبَة الْأُولَى
وَلَوْ وَجَدَ الْمَوْهُوب له بِالْمَوْهُوبِ عَيْبًا فَاحِشًا لم يَكُنْ له أَنْ يَرُدّهُ وَيَرْجِع في الْعِوَض وَكَذَلِكَ الْوَاهِب إذَا وَجَدَ بِالْعِوَض عَيْبًا لم يَكُنْ له أَنْ يَرُدّ الْعِوَض وَيَرْجِع في الْهِبَة لِأَنَّ الرَّدّ بِالْعَيْبِ من خَوَاصّ الْمُعَاوَضَات وَالْعِوَض إذَا لم يَكُنْ مَشْرُوطًا في الْعَقْد لم يَكُنْ عِوَضًا على الْحَقِيقَة بَلْ كان هِبَة مُبْتَدَأَة وَلَا يَظْهَر مَعْنَى الْعِوَض فيه إلَّا في إسْقَاط الرُّجُوع خَاصَّة فإذا قَبَضَ الْوَاهِبُ الْعِوَضَ فَلَيْسَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرْجِعَ على صَاحِبه فِيمَا مَلَّكَهُ
أَمَّا الْوَاهِبُ فَلِأَنَّهُ قد سَلَّمَ له الْعِوَض عن الْهِبَة وَإِنَّهُ يَمْنَع الرُّجُوع
وَأَمَّا الْمَوْهُوب له فَلِأَنَّهُ قد سَلَّمَ له ما هو في مَعْنَى الْعِوَض في حَقّه وهو سُقُوط حَقّ الرُّجُوع فَيَمْنَعهُ من الرُّجُوع لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ ما لم يُثِبْ منها وَسَوَاء عَوَّضَهُ الْمَوْهُوب له أو أَجْنَبِيّ بِأَمْرِ الْمَوْهُوب له أو بِغَيْرِ أَمْرِهِ لم يَكُنْ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِع في هِبَته وَلَا لِلْمُعَوِّضِ أَنْ يَرْجِع في الْعِوَض على الْوَاهِب وَلَا على الْمَوْهُوب له
أَمَّا الْوَاهِب فَإِنَّمَا لم يَرْجِع في هِبَته لِأَنَّ الْأَجْنَبِيّ إنَّمَا عَوَّضَ بِأَمْرِ الْمَوْهُوب له قام تَعْوِيضه مَقَام تَعْوِيضه بِنَفْسِهِ وَلَوْ عَوَّضَ بِنَفْسِهِ

لم يَرْجِع فَكَذَا إذَا عَوَّضَ الْأَجْنَبِيّ بِأَمْرِهِ وَإِنْ عَوَّضَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَقَدْ تَبَرَّعَ بِإِسْقَاطِ الْحَقّ عنه وَالتَّبَرُّع بِإِسْقَاطِ الْحَقّ عن الْغَيْر جَائِز كما لو تَبَرَّعَ بِمُخَالَعَةِ امْرَأَة من زَوْجهَا

وَأَمَّا الْمُعَوِّضُ فإنه لَا يَرْجِع على الْوَاهِبِ لِأَنَّ مَقْصُوده من التَّعْوِيض سَلَامَة الْمَوْهُوب لِلْمَوْهُوبِ له وَإِسْقَاط حَقّ التَّبَرُّع وقد سَلِمَ له ذلك وَإِنَّمَا لم يَرْجِع على الْمَوْهُوب له
أَمَّا إذَا كان بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَلِأَنَّهُ تَبَرُّع بِإِسْقَاطِ الْحَقّ عنه فَلَا يَمْلِك أَنْ يَجْعَل ذلك مَضْمُونًا عليه
وَأَمَّا إذَا عَوَّضَ بِأَمْرِهِ لَا يَرْجِع عليه أَيْضًا إلَّا إذَا قال له عَوِّضْ عَنِّي على أَنِّي ضَامِن لِأَنَّهُ إذَا أَمَرَهُ بِالتَّعْوِيضِ ولم يَضْمَن له فَقَدْ أَمَرَهُ بِمَا ليس بِوَاجِبٍ عليه بَلْ هو مُتَبَرِّع بِهِ فلم يُوجَب ذلك الضَّمَان على الْآمِرِ إلَّا بِشَرْطِ الضَّمَان
وَعَلَى هذا قالوا فِيمَنْ قال لِغَيْرِهِ أَطْعِمْ عن كَفَّارَة يَمِينِي أو أَدِّ زَكَاتِي فَفَعَلَ لَا يَرْجِعُ بِذَلِكَ على الْآمِرِ إلَّا أَنْ يَقُول له على أَنِّي ضَامِن لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِمَا ليس بِمَضْمُونٍ عليه بِخِلَافِ ما إذَا أَمَرَهُ غَيْره بِقَضَاءِ الدَّيْنِ فَقَضَاهُ أَنَّهُ يَرْجِع على الْآمِرِ وَإِنْ لم يَقُلْ على أَنِّي ضَامِن نَصًّا لِأَنَّ قَضَاء الدَّيْن مَضْمُون على الْآمِرِ فإذا أَمَرَهُ بِهِ فَقَدْ ضَمِنَ له
وَلَوْ عَوَّضَ الْمَوْهُوب له الْوَاهِبَ عن نِصْف الْهِبَة كان عِوَضًا عن نِصْفهَا وكان لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِع في النِّصْف الْآخَر وَلَا يَرْجِع فِيمَا عُوِّضَ عنه لِأَنَّ حَقّ الرُّجُوع في الْهِبَةِ مِمَّا يَتَجَزَّأ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو رَجَعَ في نِصْف الْهِبَة ابْتِدَاء دُون النِّصْفِ جَازَ فَجَازَ أَنْ يَثْبُت حَقّ الرُّجُوع في النِّصْف بِدُونِ النِّصْف بِخِلَافِ الْعَفْو عن الْقِصَاص وَالطَّلَاق لِأَنَّ ذلك مِمَّا لَا يَتَجَزَّأ فَكَانَ إسْقَاط الْحَقّ عن الْبَعْض إسْقَاطًا عن الْكُلّ
وَأَمَّا الْعِوَض الْمَشْرُوط في الْعَقْد فَإِنْ قال وَهَبْتُ لك هذا الشَّيْءَ على أَنْ تُعَوِّضَنِي هذا الثَّوْبَ فَقَدْ اُخْتُلِفَ في مَاهِيَّة هذا الْعَقْد قال أَصْحَابنَا الثَّلَاثَة رضي اللَّهُ عَنْهُمْ إن عَقْده عَقْد هِبَة وَجَوَازه جَوَاز بَيْع وَرُبَّمَا عَبَّرُوا أَنَّهُ هِبَة ابْتِدَاء بَيْعٌ انْتِهَاء حتى لَا يَجُوز في الْمَشَاع الذي يَنْقَسِم وَلَا يَثْبُت الْمِلْك في كُلّ وَاحِد مِنْهُمَا قبل الْقَبْض وَلِكُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا أَنْ يَرْجِع في سِلْعَته ما لم يَقْبِضَا وَكَذَا إذَا قَبَضَ أَحَدهمَا ولم يَقْبِض الْآخَر فَلِكُلِّ وَاحِد مِنْهُمَا أَنْ يَرْجِع الْقَابِض وَغَيْرُ الْقَابِضِ فيه سَوَاء حتى يَتَقَابَضَا جميعا وَلَوْ تَقَابَضَا كان ذلك بِمَنْزِلَةِ الْبَيْع يَرُدُّ كُلّ وَاحِد مِنْهُمَا بِالْعَيْبِ وَعَدَم الرُّؤْيَة وَيَرْجِع في الِاسْتِحْقَاق وَتَجِب الشُّفْعَة إذَا كان غَيْر مَنْقُول
وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَقْده عَقْد بَيْع وَجَوَازه جَوَاز بَيْع ابْتِدَاء وَانْتِهَاء وَتَثْبُت فيه أَحْكَام الْبَيْع فَلَا يَبْطُل بِالشُّيُوعِ وَيُفِيد الْمِلْك بِنَفْسِهِ من غَيْر شَرِيطَة الْقَبْض وَلَا يَمْلِكَانِ الرُّجُوع
وَجْه قَوْله أَن مَعْنَى الْبَيْع مَوْجُود في هذا الْعَقْد لِأَنَّ الْبَيْع تَمْلِيك الْعَيْن بِعِوَضٍ وقد وُجِدَ إلَّا أَنَّهُ اخْتَلَفَتْ الْعِبَارَة وَاخْتِلَافهَا لَا يُوجِب اخْتِلَاف الْحُكْم كَلَفْظِ الْبَيْع مع لَفْظ التَّمْلِيك
وَلَنَا أَنَّهُ وُجِدَ في هذا الْعَقْد لَفْظ الْهِبَة وَمَعْنَى الْبَيْع فَيُعْطَى شَبَهَ الْعَقْدَيْنِ فَيُعْتَبَر فيه الْقَبْض وَالْحِيَازَة عَمَلًا بشبه (((يشبه))) الْهِبَة وَيَثْبُت فيه حَقّ الرَّدّ بِالْعَيْبِ وَعَدَم الرُّؤْيَة في حَقّ الشُّفْعَة عَمَلًا بشبه (((يشبه))) الْبَيْع عَمَلًا بِالدَّلِيلَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَان وَاَللَّه عز وجل أَعْلَم
وَمِنْهَا ما هو في مَعْنَى الْعِوَض وهو ثَلَاثَة أَنْوَاع الْأَوَّل صِلَة الرَّحِم الْمَحْرَم فَلَا رُجُوع في الْهِبَة لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الْوَاهِب وَهَذَا عِنْدَنَا
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَرْجِع الْوَالِد فِيمَا يَهَب لِوَلَدِهِ احْتَجَّ بِمَا رَوَيْنَا عن النَّبِيّ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ في هِبَتِهِ إلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يَهَبُ لولده (((ولده))) وَهَذَا نَصٌّ في الْبَاب
وَلَنَا ما رَوَيْنَا عن رَسُول اللَّه أَنَّهُ قال الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ ما لم يُثِبْ منها أَيْ لم

يُعَوَّض وَصِلَةُ الرَّحِم عِوَض مَعْنًى لِأَنَّ التَّوَاصُل سَبَب التَّنَاصُر وَالتَّعَاوُن في الدُّنْيَا فَيَكُون وَسِيلَة إلَى اسْتِيفَاء النُّصْرَة وَسَبَب الثَّوَاب في الدَّار الْآخِرَة فَكَانَ أَقْوَى من الْمَال

وقد رُوِيَ عن رَسُول اللَّه أَنَّهُ قال اتَّقُوا اللَّهَ وَصِلُوا الْأَرْحَامَ فإنه أَبْقَى لَكُمْ في الدُّنْيَا وَخَيْرٌ لَكُمْ في الدَّارِ الْآخِرَةِ فَدَخَلَ تَحْت النَّصّ

وَرُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال من وَهَبَ هِبَة لِصِلَةِ رَحِم أو على وَجْه صَدَقَةٍ فإنه لَا يَرْجِع فيها

وَهَذَا نَصٌّ في الْبَاب

وَالْحَدِيث مَحْمُول على النَّهْي عن شِرَاء الْمَوْهُوب لَكِنَّهُ سَمَّاهُ رُجُوعًا مَجَازًا لِتَصَوُّرِهِ بِصُورَةِ الرُّجُوع كما رُوِيَ أَنَّ سَيِّدَنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه تَصَدَّقَ بِفَرَسٍ له على رَجُل ثُمَّ وَجَدَهُ يُبَاع في السُّوق فَأَرَادَ أَنْ يَشْتَرِيَهُ فَسَأَلَ رَسُول اللَّه عن ذلك فقال لَا تَعُدْ في صَدَقَتِكَ

وَسَيِّدنَا عُمَرُ رضي اللَّهُ عنه قَصَدَ الشِّرَاء لَا الْعَوْدَ في الصَّدَقَة لَكِنْ سَمَّاهُ عَوْدًا لِتَصَوُّرِهِ بِصُورَةِ الْعَوْدِ وهو نَهْيُ نَدْبٍ لِأَنَّ الْمَوْهُوب له يَسْتَحِي فَيُسَامِحهُ في ثَمَنه فَيَصِير كَالرَّاجِعِ في بَعْضه وَالرُّجُوع مَكْرُوه وَهَذَا

الْمَعْنَى لَا يُوجَد في هِبَة الْوَالِدِ لِوَلَدِهِ لِأَنَّ الْوَلَد لَا يَسْتَحِي عن الْمُضَايَقَة في الثَّمَنِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَن لِمُبَاسَطَةٍ بَيْنَهُمَا عَادَةً فلم يُكْرَه الشِّرَاءُ حَمَلْنَاهُ على هذا تَوْفِيقًا بين الدَّلِيلَيْنِ صِيَانَة لَهُمَا عن التَّنَاقُض

وَلَوْ وَهَبَ لِذِي رَحِم مَحْرَمٍ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ لِقُصُورِ مَعْنَى الصِّلَة في هذه الْقَرَابَة فَلَا يَكُون في مَعْنَى الْعِوَض

وَكَذَا إذَا وَهَبَ لِذِي مَحْرَمٍ لَا رَحِم له لِانْعِدَام مَعْنَى الصِّلَة أَصْلًا

وَلَوْ وَهَبَ لِعَبْدٍ ذِي رَحِم وَمَوْلَاهُ أجنبي (((أجنبيا))) فأما إن كان الْمَوْلَى ذَا رَحِم مَحْرَمٍ من الْوَاهِب وَالْعَبْد أَجْنَبِيًّا وأما إن كان الْمَوْلَى وَالْعَبْدُ جميعا ذَوِي رَحِمٍ من الْوَاهِبِ فَإِنْ كان الْعَبْدُ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الْوَاهِبِ وَالْمَوْلَى أجنبي (((أجنبيا))) فَلَهُ أَنْ يَرْجِع بِلَا خِلَافٍ بين أَصْحَابِنَا لِأَنَّ حُكْم الْعَقْدِ يَقَع لِلْمَوْلَى وَإِنَّمَا الْوَاقِع لِلْعَبْدِ صُورَة الْعَقْد بِلَا حُكْم وإنه لَا يُفِيد مَعْنَى الْعِلَّةِ فَانْعَدَمَ مَعْنَى الْعِوَض أَصْلًا وَإِنْ كان الْمَوْلَى ذَا رَحِم مَحْرَم من الْوَاهِب وَالْعَبْد أجنبي (((أجنبيا))) اخْتَلَفُوا فيه قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه يَرْجِع وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ لَا يَرْجِع

وَجْه قَوْلهمَا أَنَّ بُطْلَانَ حَقّ الرُّجُوع بِحُصُولِ الصِّلَةِ لِأَنَّهَا في مَعْنَى الْعِوَض على ما بَيَّنَّا وَمَعْنَى الصِّلَة إنَّمَا يَتَحَقَّق لِوُقُوع الْحُكْم لِلْقَرِيبِ وَالْحُكْمِ وَقَعَ لِلْمَوْلَى فَصَارَ كَأَنَّ الْوَاهِب أَوْجَبَ الْهِبَة له ابْتِدَاء وإنه يَمْنَع الرُّجُوع كَذَا هذا

وَجْه قَوْل أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمِلْك لم يَثْبُت لِلْمَوْلَى بِالْهِبَةِ لِأَنَّهَا وَقَعَتْ لِلْعَبْدِ أَلَا تَرَى أَنَّ الْقَبْض إلَيْهِ لَا إلَى الْمَوْلَى وَإِنَّمَا ثَبَتَ ضَرُورَة تَعَذُّر الْإِثْبَات لِلْعَبْدِ فَأُقِيم مُقَامه وإذا ثَبَتَ الْمِلْك له بِالْهِبَةِ لم يَحْصُل مَعْنَى الصِّلَة بِالْعَقْدِ فَلَا يَمْنَع الرُّجُوع مع ما أَنَّ الْمِلْك يَثْبُت له بِالْهِبَةِ لَكِنَّ الْهِبَةَ وَقَعَتْ لِلْمَوْلَى من وَجْهٍ وَلِلْعَبْدِ من وَجْه لِأَنَّ الْإِيجَاب أُضِيف إلَى الْعَبْد وَالْمِلْك وَقَعَ لِلْمَوْلَى إذَا لم يَكُنْ دَيْن فلم يَتَكَامَل مَعْنَى الصِّلَة في الْهِبَة فَصَارَتْ كَالْهِبَةِ لِذِي رَحِم مَحْرَمٍ

فَإِنْ كَانَا جميعا ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الْوَاهِبِ فَقَدْ ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ عن مُحَمَّدٍ أَنَّ قِيَاسَ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنْ يَرْجِعَ لِأَنَّ قَرَابَةَ الْعَبْدِ لَا تُؤَثِّرُ في إسْقَاطِ الرُّجُوعِ لِأَنَّ الْمِلْكَ لم يَقَعْ له وَقَرَابَةَ الْمَوْلَى أَيْضًا لَا تُؤَثِّرُ فيه لِأَنَّ الْإِيجَابَ لم يَقَعْ له وَحَقّ الرُّجُوعِ هو الْأَصْلُ في الْهِبَةِ وَالِامْتِنَاعُ مُعَارِضُ الْمُسْقِطِ ولم يُوجَدْ فَلَا يَسْقُطُ

وَذَكَرَ الْفَقِيهُ أبو جَعْفَرٍ الْهِنْدُوَانِيُّ أَنَّهُ ليس له أَنْ يَرْجِعَ في هذه الْمَسْأَلَةِ في قَوْلِهِمْ لِأَنَّ الْهِبَةَ إمَّا أَنْ يُعْتَبَرَ فيها حَالَ الْعَبْدِ أو حَالَ الْمَوْلَى وَأَيُّهُمَا كان فَرَحْمَة كَامِلَةٌ وَالصِّلَةُ الْكَامِلَةُ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَر هَهُنَا حَالَ الْعَبْدِ وَحْدَهُ وَلَا حَالَ الْمَوْلَى وَحْدَهُ بَلْ يُعْتَبَر حَالهمَا جميعا وَاعْتِبَارُ حَالهمَا لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَم

وَعَلَى هذا التَّفْرِيعِ إذَا وَهَبَ لِمُكَاتَبٍ شيئا وهو ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الْوَاهِبِ أو مَوْلَاهُ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الْوَاهِبِ أَنَّهُ إنْ أَدَّى الْمُكَاتَبُ فَعَتَقَ يُعْتَبَر حَاله في الْقَرَابَةِ وَعَدَمِهَا إنْ كان أَجْنَبِيًّا يَرْجِعُ وَإِنْ كان قَرِيبًا لَا يَرْجِعُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَدَّى فَعَتَقَ اسْتَقَرَّ مِلْكه فَصَارَ كَأَنَّ الْهِبَةَ وَقَعَتْ له وهو حُرٌّ وَلَوْ كان كَذَلِكَ يَرْجِعُ إنْ كان أَجْنَبِيًّا وَإِنْ كان قَرِيبًا لَا يَرْجِعُ كَذَا هذا

وَإِنْ عَجَزَ وَرُدَّ في الرِّقِّ فَقِيَاسُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يُعْتَبَر حَالَ الْمَوْلَى في الْقَرَابَةِ وَعَدَمِهَا إنْ كان أَجْنَبِيًّا فَلِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ وَإِنْ كان قَرِيبًا فَلَيْسَ له أَنْ يَرْجِعَ بِنَاءً على أَنَّ الْهِبَةَ عِنْده أَوْجَبَتْ مِلْكًا مَوْقُوفًا على الْمُكَاتَبِ وَعَلَى مَوْلَاهُ على مَعْنَى أَنَّهُ إنْ أَدَّى فَعَتَقَ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمِلْكَ وَقَعَ له من حِينِ وُجُوده

وَإِنْ عَجَزَ وَرُدَّ في الرِّقِّ يَظْهَرُ أَنَّهُ وَقَعَ لِلْمَوْلَى من وَقْتِ وُجُوده كَأَنَّ الْهِبَةَ وَقَعَتْ له من الِابْتِدَاءِ وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ لَا يَرْجِعُ في الْأَحْوَالِ كُلِّهَا لِأَنَّ عِنْده كَسْبَ الْمُكَاتَبِ يَكُون لِلْمُكَاتَبِ من غَيْرِ تَوَقُّفٍ ثُمَّ يَنْتَقِل إلَى الْمَوْلَى بِالْعَجْزِ كَأَنَّهُ وَهَبَ لِحَيٍّ فَمَاتَ وَانْتَقَلَ الْمَوْهُوبُ إلَى وَرَثَته

الثَّانِي الزَّوْجِيَّةُ فَلَا يَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ من الزَّوْجَيْنِ فِيمَا وَهَبَهُ لِصَاحِبِهِ لِأَنَّ صِلَةَ الزَّوْجِيَّةِ تَجْرِي مَجْرَى صِلَةِ الْقَرَابَةِ الْكَامِلَةِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بها التَّوَارُثُ في جَمِيعِ الْأَحْوَالِ فَلَا يَدْخُلهَا حَجْبُ الْحِرْمَانِ وَالْقَرَابَةُ الْكَامِلَةُ مَانِعَةٌ من الرُّجُوعِ فَكَذَا ما يَجْرِي مَجْرَاهَا

الثَّالِثُ التَّوَارُثُ فَلَا رُجُوعَ في الْهِبَةِ من الْفَقِيرِ بَعْدَ قَبْضِهَا لِأَنَّ الْهِبَةَ من الْفَقِيرِ صَدَقَةٌ لِأَنَّهُ يَطْلُبُ بها الثَّوَابَ كَالصَّدَقَةِ وَلَا رُجُوعَ في الصَّدَقَةِ على الْفَقِيرِ بَعْدَ قَبْضِهَا لِحُصُولِ الثَّوَابِ الذي هو في مَعْنَى الْعِوَضِ بِوَعْدِ اللَّهِ تَعَالَى وَإِنْ لم يَكُنْ عِوَضًا في الْحَقِيقَةِ إذْ الْعَبْدُ لَا يَسْتَحِقّ على مَوْلَاهُ عِوَضًا

وَلَوْ تَصَدَّقَ على غَنِيٍّ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ له حَقّ الرُّجُوعِ لِأَنَّ التَّصَدُّقَ على الْغَنِيِّ يَطْلُبُ منه الْعِوَضَ عَادَةً فَكَانَ هِبَةً في الْحَقِيقَةِ فَيُوجِبُ الرُّجُوعَ إلَّا أَنَّهُمْ اسْتَحْسَنُوا وَقَالُوا ليس له أَنْ يَرْجِعَ لِأَنَّ الثَّوَابَ قد يُطْلَبُ بِالصَّدَقَةِ على الْأَغْنِيَاءِ أَلَا تَرَى أَنَّ من له نِصَابٌ تَجِبُ فيه الزَّكَاةُ وَلَهُ عِيَالٌ لَا يَكْفِيه ما في

يَده فَفِي الصَّدَقَةِ عليه ثَوَابٌ وإذا كان الثَّوَابُ مَطْلُوبًا من ذلك في الْجُمْلَةِ فإذا أتى بِلَفْظَةِ الصَّدَقَةِ دَلَّ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ الثَّوَابَ وإنه يَمْنَعُ الرُّجُوعَ لِمَا بَيَّنَّا

وَأَمَّا الشُّيُوع فَنَقُول لَا يَمْنَعُ الرُّجُوع في الْهِبَة فَلِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِع في نِصْف الْهِبَة مَشَاعًا وَإِنْ كان مُحْتَمِلًا لِلْقِسْمَةِ بِأَنْ وَهَبَ دَارًا فَبَاعَ الْمَوْهُوب له نِصْفهَا مَشَاعًا كان لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ في الْبَاقِي وَكَذَا لو لم يَبِعْ نِصْفهَا وَهِيَ قَائِمَة في يَد الْمَوْهُوب له فَلَهُ أَنْ يَرْجِع في بَعْضهَا دُونَ الْبَعْض بِخِلَافِ الْهِبَة المستقلة (((المستقبلة))) إنها لَا تَجُوز في الْمَشَاع الذي يَحْتَمِل الْقِسْمَة لِأَنَّ الْقَبْض شَرْط جَوَاز الْعَقْد وَالشِّيَاع يُخِلُّ في الْقَبْض الْمُمَكَّن من التَّصَرُّف وَالرُّجُوع فَسْخ وَالْقَبْض ليس بِشَرْطٍ لِجَوَازِ الْفَسْخِ فَلَا يَكُون الشُّيُوع مَانِعًا من الرُّجُوع

وَأَمَّا بَيَان مَاهِيَّة الرُّجُوع وَحُكْمه شَرْعًا فَنَقُول وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيق لَا خِلَاف في أَنَّ الرُّجُوع في الْهِبَة بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَسْخ وَاخْتُلِفَ في الرُّجُوع فيها بِالتَّرَاضِي فَمَسَائِل أَصْحَابِنَا تَدُلّ على أَنَّهُ فَسْخ أَيْضًا كَالرُّجُوعِ بِالْقَضَاءِ فَإِنَّهُمْ قالوا يَصِحّ الرُّجُوع في الْمَشَاع الذي يَحْتَمِل الْقِسْمَة وَلَوْ كان هِبَة مُبْتَدَأَة لم يَصِحّ مع الشِّيَاع وَكَذَا لَا تَقِف صِحَّته على الْقَبْض

وَلَوْ كانت هِبَة مُبْتَدَأَة لَوَقَفَ صِحَّته على الْقَبْض وَكَذَا لو وَهَبَ لِإِنْسَانٍ شيئا وَوَهَبَهُ الْمَوْهُوبُ له لِآخَرَ ثُمَّ رَجَعَ الثَّانِي في هِبَتِهِ كان لِلْأَوَّلِ أَنْ يَرْجِعَ

وَلَوْ كان هِبَةً مُبْتَدَأَةً لم يَكُنْ له حَقّ الرُّجُوع

فَهَذِهِ الْمَسَائِل تَدُلّ على أَنَّ الرُّجُوع بِغَيْرِ قَضَاء فَسْخ وقال زُفَرُ إنه هِبَة مُبْتَدَأَة

وَجْه قَوْله إنَّ مِلْك الْمَوْهُوب عَادَ إلَى الْوَاهِب بِتَرَاضِيهِمَا فَأَشْبَهَ الرَّدّ بِالْعَيْبِ فَيُعْتَبَر عَقْدًا جَدِيدًا في حَقّ ثَالِث كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْد الْقَبْض وَالدَّلِيل على أَنَّهُ هِبَة مُبْتَدَأَة ما ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في كِتَاب الْهِبَة إن الْمَوْهُوب له إذَا رد (((زاد))) الْهِبَة في مَرَض مَوْته أنها تَكُون من الثُّلُث وَهَذَا حُكْم الْهِبَة الْمُبْتَدَأَة

وَلَنَا أَنَّ الْوَاهِب بِالْفَسْخِ يَسْتَوْفِي حَقّ نَفْسه وَاسْتِيفَاء الْحَقّ لَا يَتَوَقَّف على قَضَاء الْقَاضِي وَالدَّلِيل على أَنَّهُ مُسْتَوْفٍ حَقّ نَفْسه بِالْفَسْخِ أَنَّ الْهِبَة عَقْد جَائِز مُوجَب حَقّ الْفَسْخ فَكَانَ بِالْفَسْخِ مُسْتَوْفِيًا ثَابِتًا له فَلَا يَقِفُ على الْقَضَاءِ بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي أَنَّهُ يُعْتَبَرُ بَيْعًا جَدِيدًا في حَقّ ثَالِثٍ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْمُشْتَرِي في الْفَسْخ وَإِنَّمَا حَقُّهُ في صِفَة السَّلَامَة فإذا لم يَسْلَم اخْتَلَّ رِضَاهُ فَيَثْبُت حَقّ الْفَسْخ ضَرُورَة فَتَوَقَّفَ لُزُوم مُوجَب الْفَسْخ في حَقّ ثَالِث على قَضَاء الْقَاضِي

وَأَمَّا ما ذَكَرَ مُحَمَّدٌ فَمِنْ أَصْحَابِنَا من الْتَزَمَ وقال هذا يَدُلّ على أَنَّ الرُّجُوع بِغَيْرِ قَضَاء هِبَة مُبْتَدَأَة وما ذَكَرْنَا من الْمَسَائِل يَدُلّ على أنها فَسْخ فَكَانَ في الْمَسْأَلَة رِوَايَتَانِ

وَمِنْهُمْ من قال هذا لَا يَدُلّ على اخْتِلَاف الرِّوَايَتَيْنِ لِأَنَّهُ إنَّمَا اُعْتُبِرَ الرَّدّ من الثُّلُث لِكَوْنِ الْمَرِيض مُتَّهَمًا في الرَّدّ في حَقّ وَرَثَته فَكَانَ فَسْخًا فِيمَا بين الْوَاهِب وَالْمَوْهُوب له هِبَة مُبْتَدَأَة في حَقّ الْوَرَثَة وَهَذَا ليس بِمُمْتَنِعٍ أَنْ يَكُون لِلْعَقْدِ الْوَاحِد حُكْمَانِ مُخْتَلِفَانِ كَالْإِقَالَةِ فَإِنَّهَا فَسْخ في حَقّ الْعَاقِدَيْنِ بَيْعٌ جَدِيد في حَقّ غَيْرهِمَا وإذا انْفَسَخَ الْعَقْد بِالرُّجُوعِ عَادَ الْمَوْهُوب إلَى قَدِيم مِلْك الْوَاهِب وَيَمْلِكهُ الْوَاهِب وَإِنْ لم يَقْبِضهُ لِأَنَّ الْقَبْض إنَّمَا يُعْتَبَر في انْتِقَال الْمِلْك لَا في عَوْدِ قَدِيم الْمِلْك كَالْفَسْخِ في بَاب الْبَيْع وَالْمَوْهُوبُ بَعْد الرُّجُوع يَكُون أَمَانَة في يَد الْمَوْهُوب له حتى لو هَلَكَ في يَده لَا يَضْمَن لِأَنَّ قَبْض الْهِبَة قَبْض غَيْر مَضْمُون فإذا انْفَسَخَ عِنْدهَا بَقِيَ الْقَبْض على ما كان قبل ذلك أَمَانَة غَيْر مُوجِب لِلضَّمَانِ فَلَا يَصِير مَضْمُونًا عليه إلَّا بِالتَّعَدِّي كَسَائِرِ الْأَمَانَات

وَلَوْ لم يَتَرَاضَيَا على الرُّجُوع وَلَا قَضَى الْقَاضِي بِهِ وَلَكِنْ الْمَوْهُوب له وَهَبَ الموهوب (((والموهوب))) لِلْوَاهِبِ وَقَبِلَهُ الْوَاهِب الْأَوَّل لَا يَمْلِكهُ حتى

يَقْبِضهُ
وإذا قَبَضَهُ كان بِمَنْزِلَةِ الرُّجُوع بِالتَّرَاضِي أو بِقَضَاءِ الْقَاضِي
وَلَيْسَ لِلْمَوْهُوبِ له أَنْ يَرْجِعَ فيه وَكَذَا الصَّدَقَة
أَمَّا وُقُوف الْمِلْك فيه على الْقَبْض فَلِأَنَّ الْمَوْجُود لَفْظ الْهِبَة لَا لَفْظ الْفَسْخ
وَمِلْك الْوَاهِب لَا يَزُول إلَّا بِالْقَبْضِ بِخِلَافِ ما إذَا تَرَاضَيَا على الرُّجُوع إن الْوَاهِب يَمْلِكُهُ بِدُونِ الْقَبْض لِأَنَّ اتِّفَاقهمَا على الرُّجُوع اتِّفَاق على الْفَسْخ وَلَا يُشْتَرَط لِلْفَسْخِ ما يُشْتَرَط لِلْعَقْدِ
ثُمَّ إذَا قَبَضَهُ الْوَاهِب قام ذلك مَقَام الرُّجُوع لِأَنَّ الرُّجُوع مُسْتَحَقّ فَتَقَع الْهِبَة عن الرُّجُوع الْمُسْتَحَقّ وَلَا تَقَع مَوْقِع الْهِبَة الْمُبْتَدَأَة فَلَا يَصِحّ الرُّجُوع فيها
فَصْل وَأَمَّا بَيَان ما يَرْفَع عَقْد الْهِبَة فَالَّذِي يَرْفَعهُ هو الْفَسْخ إمَّا بِالْإِقَالَةِ أو الرُّجُوع بِقَضَاءِ الْقَاضِي أو التَّرَاضِي على ما بَيَّنَّا
وإذا انْفَسَخَ الْعَقْد يَعُود الْمَوْهُوب إلَى قَدِيم مِلْكِ الْوَاهِب بِنَفْسِ الْفَسْخ من غَيْر الْحَاجَة إلَى الْقَبْض لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ

كِتَابُ الرَّهْنِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ عَقْدِ الرَّهْنِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الرَّهْنِ وفي بَيَانِ ما يَخْرُجُ بِهِ الرَّهْنُ عن كَوْنِهِ مَرْهُونًا وما يَبْطُلُ بِهِ الرُّكْنُ وما لَا يَبْطُلُ وفي بَيَانِ حُكْمِ اخْتِلَافِ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ وَالْعَدْلِ
أَمَّا رُكْنُ عَقْدِ الرَّهْنِ فَهُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ
وهو أَنْ يَقُولَ الرَّاهِنُ رَهَنْتُكَ هذا الشَّيْءَ بِمَا لك عَلَيَّ من الدَّيْنِ أو يَقُولَ هذا الشَّيْءُ رَهْنٌ بِدَيْنِكَ وما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى وَيَقُولُ الْمُرْتَهِنُ ارْتَهَنْتُ أو قَبِلْتُ أو رَضِيتُ وما يَجْرِي مَجْرَاهُ
فَأَمَّا لَفْظُ الرَّهْنِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ حتى لو اشْتَرَى شيئا بِدَرَاهِمَ وَدَفَعَ إلَى الْبَائِعِ ثَوْبًا وقال له أَمسك هذا الثَّوْبَ حتى أُعْطِيَكَ الثَّمَنَ فَالثَّوْبُ رَهْنٌ لِأَنَّهُ أتى بِمَعْنَى الْعَقْدِ وَالْعِبْرَةُ في بَابِ الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي
فَصْلٌ وَأَمَّا الشَّرَائِطُ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الرَّهْنِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَرْهُونِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَرْهُونِ بِهِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الرَّهْنِ فَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ مُعَلَّقًا بِشَرْطٍ وَلَا مُضَافًا إلَى وَقْتٍ لِأَنَّ في الرَّهْنِ وَالِارْتِهَانِ مَعْنَى الْإِيفَاءِ وَالِاسْتِيفَاءِ فَيُشْبِهُ الْبَيْعَ وإنه لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِشَرْطٍ وَالْإِضَافَةُ إلَى وَقْتٍ
كَذَا هذا
وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ فَعَقْلُهُمَا حتى لَا يَجُوزَ الرَّهْنُ وَالِارْتِهَانُ من الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ
فَأَمَّا الْبُلُوغُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ وَكَذَا الْحُرِّيَّةُ حتى يَجُوزَ من الصَّبِيِّ الْمَأْذُونِ وَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ لِأَنَّ ذلك من تَوَابِعِ التِّجَارَةِ فَيَمْلِكُهُ من يَمْلِكُ التِّجَارَةَ
وَلِأَنَّ الرَّهْنَ وَالِارْتِهَانَ من بَابِ إيفَاءِ الدَّيْنِ وَاسْتِيفَائِهِ وَهُمَا يَمْلِكَانِ ذلك وَكَذَا السَّفَرُ ليس بِشَرْطٍ لِجَوَازِ الرَّهْنِ فَيَجُوزُ الرَّهْنُ في السَّفَرِ وَالْحَضَرِ جميعا لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ اسْتَقْرَضَ بِالْمَدِينَةِ من يَهُودِيٍّ طَعَامًا وَرَهَنَهُ بِهِ دِرْعَهُ

وكان ذلك رَهْنًا في الْحَضَرِ وَلِأَنَّ ما شُرِعَ له الرَّهْنُ وهو الْحَاجَةُ إلَى تَوْثِيقِ الدَّيْنِ يُوجَدُ في الْحَالَيْنِ وهو الرَّهْنُ عن تَوَاءِ الْحَقِّ بِالْجُحُودِ وَالْإِنْكَارِ وَتَذَكُّرُهُ عِنْدَ السَّهْوِ وَالنِّسْيَانِ وَالتَّنْصِيصُ على السَّفَرِ في كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى عز وجل ليس لِتَخْصِيصِ الْجَوَازِ بَلْ هو إخْرَاجُ الْكَلَامِ مَخْرَجَ الْعَادَةِ
كَقَوْلِهِ تَعَالَى { فَكَاتِبُوهُمْ إنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا } وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَرْهُونِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ مَحَلًّا قَابِلًا لِلْبَيْعِ وهو أَنْ يَكُونَ مَوْجُودًا وَقْتَ الْعَقْدِ مَالًا مُطْلَقًا مُتَقَوِّمًا مَمْلُوكًا مَعْلُومًا مَقْدُورَ التَّسْلِيمِ
وَنَحْوُ ذلك فَلَا يَجُوزُ رَهْنُ ما ليس بِمَوْجُودٍ عِنْدَ الْعَقْدِ وَلَا رَهْنُ ما يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ وَالْعَدَمَ كما إذَا رَهَنَ ما يُثْمِرُ نَخِيلُهُ الْعَامَ أو ما تَلِدُ أَغْنَامُهُ السَّنَةَ أو ما في بَطْنِ هذه الْجَارِيَةِ وَنَحْوُ ذلك
وَلَا رَهْنُ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ لِانْعِدَامِ مَالِيَّتِهِمَا وَلَا رَهْنُ صَيْدِ الْحَرَمِ وَالْإِحْرَامِ لِأَنَّهُ مَيْتَةٌ وَلَا رَهْنُ الْحُرِّ لِأَنَّهُ ليس بِمَالٍ أَصْلًا وَلَا رَهْنُ أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ الْمُطْلَقِ وَالْمُكَاتَبِ لِأَنَّهُمْ أَحْرَارٌ من وَجْهٍ فَلَا يَكُونُونَ أَمْوَالًا مُطْلَقَةً وَلَا رَهْنُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ من الْمُسْلِمِ سَوَاءٌ كان الْعَاقِدَانِ مُسْلِمَيْنِ
أو أَحَدُهُمَا مُسْلِمٌ لِانْعِدَامِ مَالِيَّةِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ في حَقِّ الْمُسْلِمِ وَهَذَا لِأَنَّ الرَّهْنَ إيفَاءُ الدَّيْنِ وَالِارْتِهَان اسْتِيفَاؤُهُ وَلَا يَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ إيفَاءُ الدَّيْنِ من الْخَمْرِ وَاسْتِيفَاؤُهُ إلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ إذَا كان ذِمِّيًّا كانت الْخَمْرُ مَضْمُونَةً على الْمُسْلِمِ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ الرَّهْنَ إذَا لم يَصِحَّ كانت الْخَمْرُ بِمَنْزِلَةِ الْمَغْصُوبِ في يَدِ الْمُسْلِمِ وَخَمْرُ الذِّمِّيِّ مَضْمُونٌ على الْمُسْلِمِ بِالْغَصْبِ وإذا كان الرَّاهِنُ مُسْلِمًا وَالْمُرْتَهِنُ ذِمِّيًّا لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً على أَحَدٍ
وَأَمَّا في حَقِّ أَهْلِ الذِّمَّةِ فَيَجُوزُ رَهْنُ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَارْتِهَانُهُمَا منهم لِأَنَّ ذلك مَالٌ مُتَقَوِّمٌ في حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ الْخَلِّ وَالشَّاةِ عِنْدَنَا وَلَا رَهْنُ الْمُبَاحَاتِ من الصَّيْدِ وَالْحَطَبِ وَالْحَشِيشِ وَنَحْوِهَا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَمْلُوكَةٍ في أَنْفُسِهَا
فَأَمَّا كَوْنُهُ مَمْلُوكًا لِلرَّاهِنِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ الرَّهْنِ حتى يَجُوزَ رَهْنُ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ بِوِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ كَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ يَرْهَنُ مَالَ الصَّبِيِّ بِدَيْنِهِ وَبِدَيْنِ نَفْسِهِ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَجْرِيَ مَجْرَى الْإِيدَاعِ وَإِمَّا أَنْ يَجْرِيَ مَجْرَى الْمُبَادَلَةِ وَالْأَبُ يَلِي كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في مَالِ الصَّغِيرِ فإنه يَبِيعُ مَالَ الصَّغِيرِ بِدَيْنِ نَفْسِهِ وَيُودِعُ مَالَ الصَّغِيرِ فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ قبل أَنْ يَفْتَكَّهُ الْأَبُ هَلَكَ بِالْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِمَّا رَهَنَ بِهِ لِأَنَّ الرَّهْنَ وَقَعَ صَحِيحًا وَهَذَا حُكْمُ الرَّهْنِ الصَّحِيحِ وَضَمِنَ الْأَبُ قَدْرَ ما سَقَطَ من الدَّيْنِ بِهَلَاكِ الرَّهْنِ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَ نَفْسِهِ بِمَالِ وَلَدِهِ فَيَضْمَنُ فَلَوْ أَدْرَكَ الْوَلَدُ وَالرَّهْنُ قَائِمٌ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ فَلَيْسَ

له أَنْ يَسْتَرِدَّهُ قبل قَضَاءِ الْقَاضِي لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الرَّهْنَ وَقَعَ صَحِيحًا لِوُقُوعِهِ عن وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ فَلَا يَمْلِكُ الْوَلَدُ نَقْضَهُ وَلَكِنْ يُؤْمَرُ الْأَبُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ وَرَدِّ الرَّهْنِ على وَلَدِهِ لِزَوَالِ وِلَايَتِهِ بِالْبُلُوغِ
وَلَوْ قَضَى الْوَلَدُ دَيْنَ أبيه وَافْتَكَّ الرَّهْنَ لم يَكُنْ مُتَبَرِّعًا وَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ ما قَضَى على أبيه لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ إلَى قَضَاءِ الدَّيْنِ إذْ لَا يُمْكِنُهُ الْوُصُولُ إلَى مِلْكِهِ إلَّا بِقَضَاءِ الدَّيْنِ كُلِّهِ فَكَانَ مُضْطَرًّا فيه فلم يَكُنْ مُتَبَرِّعًا بَلْ يَكُونُ مَأْمُورًا بِالْقَضَاءِ

من قِبَلِ الْأَبِ دَلَالَةً فَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ عليه بِمَا قَضَى كما لو اسْتَعَارَ من إنْسَانٍ عَبْدَهُ لِيَرْهَنَهُ بِدَيْنِ نَفْسِهِ فَرَهَنَ ثُمَّ إنَّ الْمُعِيرَ قَضَى دَيْنَ الْمُسْتَعِيرِ وَافْتَكَّ الرَّهْنَ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِجَمِيعِ ما قَضَى علي الْمُسْتَعِيرِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا وَكَذَلِكَ حُكْمُ الْوَصِيِّ في جَمِيعِ ما ذَكَرْنَا حُكْمُ الْأَبِ وَإِنَّمَا يَفْتَرِقَانِ في فَصْلٍ آخَرَ وهو أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يَرْتَهِنَ مَالَ الصَّغِيرِ بِدَيْنٍ ثَبَتَ على الصَّغِيرِ وإذا هَلَكَ يَهْلِكُ بِالْأَقَلِّ من قميته (((قيمته))) وَمِنْ الدَّيْنِ وإذا أَدْرَكَ الْوَلَدُ ليس له أَنْ يَسْتَرِدَّهُ إذَا كان الْأَبُ يَشْهَدُ على الِارْتِهَانِ وَإِنْ كان لم يَشْهَدْ على ذلك لم يُصَدَّقْ عليه بَعْدَ الْإِدْرَاكِ إلَّا بِتَصْدِيقِ الْوَلَدِ وَيَجُوزُ له أَنْ يَرْهَنَ مَالَهُ عِنْدَ وَلَدِهِ الصَّغِيرِ بِدَيْنٍ لِلصَّغِيرِ عليه وَيَحْبِسَهُ لِأَجْلِ الْوَلَدِ وإذا هَلَكَ بَعْدَ ذلك فَيُهْلِكُ بِالْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ إذَا كان أَشْهَدَ عليه قبل الْهَلَاكِ وَإِنْ كان لم يَشْهَدْ عليه قبل الْهَلَاكِ لم يُصَدَّقْ إلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ الْوَلَدُ بَعْدَ الْإِدْرَاكِ وَالْوَصِيُّ لو فَعَلَ هذا من الْيَتِيمِ لَا يَجُوزُ رَهْنُهُ وَلَا ارْتِهَانُهُ

أَمَّا على أَصْلِ مُحَمَّدٍ فَلَا يُشْكِلُ لِأَنَّهُ لَا يَرَى بَيْعَ مَالِ الْيَتِيمِ من نَفْسِهِ وَلَا شِرَاءَ مَالِهِ لِنَفْسِهِ أَصْلًا فَكَذَلِكَ الرَّهْنُ وَعَلَى قَوْلِهِمَا إنْ كان يَجُوزُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ لَكِنْ إذَا كان خَيْرًا لِلْيَتِيمِ وَلَا خَيْرَ له في الرَّهْنِ لِأَنَّهُ يَهْلِكُ أَبَدًا بِالْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ فلم يَكُنْ فيه خَيْرٌ لِلْيَتِيمِ فلم يَجُزْ

وَكَذَلِكَ يَجُوزُ رَهْنُ مَالِ الْغَيْرِ بِإِذْنِهِ كما لو اسْتَعَارَ من إنْسَانٍ شيئا لِيَرْهَنَهُ بِدَيْنٍ على الْمُسْتَعِيرِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الرَّهْنَ إيفَاءُ الدَّيْنِ وَقَضَاؤُهُ وَالْإِنْسَانُ بِسَبِيلٍ من أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ نَفْسِهِ بِمَالِ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ

ثُمَّ إذَا أَذِنَ الْمَالِكُ بِالرَّهْنِ فَإِذْنُهُ بِالرَّهْنِ لَا يَخْلُو إمَّا إنْ كان مُطْلَقًا وَإِمَّا إنْ كان مُقَيَّدًا فَإِنْ كان مُطْلَقًا فَلِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يَرْهَنَهُ بِالْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ وَبِأَيِّ جِنْسٍ شَاءَ وفي أَيِّ مَكَانٍ كان وَمِنْ أَيِّ إنْسَانٍ أَرَادَ وَلِأَنَّ الْعَمَلَ بِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ أَصْلٌ وَإِنْ كان مُقَيَّدًا بِأَنْ سَمَّى قَدْرًا أو جِنْسًا أو مَكَانًا أو إنْسَانًا يَتَقَيَّدُ بِهِ حتى لو أَذِنَ له أَنْ يَرْهَنَهُ بِعَشْرَةٍ لم يَجُزْ له أَنْ يَرْهَنَهُ بِأَكْثَرَ منها وَلَا بِأَقَلَّ لِأَنَّ الْمُتَصَرِّفَ بِإِذْنٍ يَتَقَيَّدُ تَصَرُّفُهُ بِقَدْرِ الْإِذْنِ وَالْإِذْنُ لم يَتَنَاوَلْ الزِّيَادَةَ فلم يَكُنْ له أَنْ يَرْهَنَ بِالْأَكْثَرِ وَلَا بِالْأَقَلِّ أَيْضًا لِأَنَّ الْمَرْهُونَ مَضْمُونٌ وَالْمَالِكَ إنَّمَا جَعَلَهُ مَضْمُونًا بِالْقَدْرِ وقد يَكُونُ له في ذلك غَرَضٌ صَحِيحٌ فَكَانَ التَّقْيِيدُ بِهِ مُفِيدًا وَكَذَلِكَ لو أَذِنَ له أَنْ يَرْهَنَهُ بِجِنْسٍ لم يَجُزْ له أَنْ يَرْهَنَهُ بِجِنْسٍ آخَرَ لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ من بَعْضِ الْأَجْنَاسِ قد يَكُونُ أَيْسَرَ من بَعْضٍ فَكَانَ التَّقْيِيدُ بِالْجِنْسِ مُفِيدًا وَكَذَا إذَا أَذِنَ له أَنْ يَرْهَنَهُ بِالْكُوفَةِ لم يَجُزْ له أَنْ يَرْهَنَهُ بِالْبَصْرَةِ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ بِمَكَانٍ دُونَ مَكَان مُفِيدٌ فَيَتَقَيَّدُ بِالْمَكَانِ الْمَذْكُورِ

وَكَذَا إذَا أَذِنَ له أَنْ يَرْهَنَهُ من إنْسَانٍ بِعَيْنِهِ لم يَجُزْ له أَنْ يَرْهَنَهُ من غَيْرِهِ لِأَنَّ الناس مُتَفَاوِتُونَ في الْمُعَامَلَاتِ فَكَانَ التَّعْيِينُ مُفِيدًا فَإِنْ خَالَفَ في شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا فَهُوَ ضَامِنٌ لِقِيمَتِهِ إذَا هَلَكَ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ في مِلْكِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَصَارَ غَاصِبًا وَلِلْمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَ الرَّهْنَ من يَدِ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ الرَّهْنَ لم يَصِحَّ فَبَقِيَ الْمَرْهُونُ في يَدِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمَغْصُوبِ فَكَانَ له أَنْ يَأْخُذَهُ منه وَلَيْسَ لِهَذَا الْمُسْتَعِيرِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالْمَرْهُونِ لَا قبل الرَّهْنِ وَلَا بَعْدَ الِانْفِكَاكِ فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ لِأَنَّهُ لم يأذن (((يؤذن))) له إلَّا بِالرَّهْنِ فَإِنْ انْتَفَعَ بِهِ قبل أَنْ يَرْهَنَهُ ثُمَّ رَهَنَهُ بِمِثْلِ قِيمَتِهِ برىء من الضَّمَانِ حين رَهَنَ ذَكَرَهُ في الْأَصْلِ لِأَنَّهُ لَمَّا انْتَفَعَ بِهِ فَقَدْ خَالَفَ ثُمَّ لَمَّا رَهَنَهُ فَقَدْ عَادَ إلَى الْوِفَاقِ فَيَبْرَأُ عن الضَّمَانِ كَالْمُودِعِ إذَا عَادَ إلَى الْوِفَاقِ بعدما خَالَفَ في الْوَدِيعَةِ بِخِلَافِ ما إذَا اسْتَعَارَ الْعَيْنَ لِيَنْتَفِعَ بها فَخَالَفَ ثُمَّ عَادَ إلَى الْوِفَاقِ أنه لَا يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ لِأَنَّ الْمُسْتَعِيرَ لِلِانْتِفَاعِ ليس (((ليست))) يَدُهُ يَدَ الْمَالِكِ بَلْ يَدَ نَفْسِهِ حَيْثُ تَعُودُ الْمَنْفَعَةُ إلَيْهِ فلم تَكُنْ بِالْعَوْدِ إلَى الْوِفَاقِ رَادًّا لِلْمَالِ إلَى يَدِ الْمَالِكِ فَلَا يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ

فَأَمَّا الْمُسْتَعِيرُ لِلرَّهْنِ فَيَدُهُ قبل الرَّهْنِ يَدُ الْمَالِكِ فإذا عَادَ إلَى الْوِفَاقِ فَقَدْ رَدَّ الْمَالَ إلَى يَدِ الْمَالِكِ فَيَبْرَأُ عن الضَّمَانِ وإذا قَبَضَ الْمُسْتَعِيرُ الْعَارِيَّةَ فَهَلَكَ في يَدِهِ قبل أَنْ يَرْهَنَهُ فَلَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّهُ هَلَكَ في قَبْضِ الْعَارِيَّةِ لَا في قَبْضِ الرَّهْنِ وَقَبْضُ الْعَارِيَّةِ قَبْضُ أَمَانَةٍ لَا قَبْضُ ضَمَانٍ وَكَذَلِكَ إذَا هَلَكَ في يَدِهِ بعدما افْتَكَّهُ من يَدِ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّهُ بِالِافْتِكَاكِ من يَدِ الْمُرْتَهِنِ عَادَ عَارِيَّةً فَكَانَ الْهَلَاكُ في قَبْضِ الْعَارِيَّةِ
وَلَوْ وَكَّلَ الرَّاهِنُ يَعْنِي الْمُسْتَعِيرُ بِقَبْضِ الرَّهْنِ من الْمُرْتَهِنِ أَحَدًا فَقَبَضَهُ فَهَلَكَ في يَدِ الْقَابِضِ فَإِنْ كان الْقَابِضُ في عِيَالِهِ لم يَضْمَنْ لِأَنَّ يَدَهُ كَيَدِهِ

وَالْمَالِكُ رضي بيده وَإِنْ لم يَكُنْ في عِيَالِهِ ضَمِنَ لِأَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ كَيَدِهِ فلم يَكُنْ الْمَالِكُ رَاضِيًا بيده
وَإِنْ هَلَكَ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ وقد رَهَنَ على الْوَجْهِ الذي أَذِنَ فيه ضَمِنَ الرَّاهِنُ لِلْمُعِيرِ قَدْرَ ما سَقَطَ عنه من الدَّيْنِ بِهَلَاكِ الرَّهْنِ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَ نَفْسِهِ من مَالِ الْغَيْرِ بِإِذْنِهِ بِالرَّهْنِ إذْ الرَّهْنُ قَضَاءُ الدَّيْنِ وَيَتَعَذَّرُ الْقَضَاءُ عِنْدَ الْهَلَاكِ
وَكَذَلِكَ لو دَخَلَهُ عَيْبٌ فَسَقَطَ بَعْضُ الدَّيْنِ ضَمِنَ الرَّاهِنُ ذلك الْقَدْرَ لِأَنَّهُ قَضَى ذلك الْقَدْرَ من دَيْنِهِ بِمَالِ الْغَيْرِ فَيَضْمَنُ ذلك الْقَدْرَ فَكَانَ الْمُسْتَعِيرُ بِمَنْزِلَةِ رَجُلٍ عِنْدَهُ وَدِيعَةٌ لِإِنْسَانٍ فَقَضَى دَيْنَ نَفْسِهِ بِمَالِ الْوَدِيعَةِ بِإِذْنِ صَاحِبِهَا فما قَضَى يَكُونُ مَضْمُونًا عليه وما لم يقض (((يقبض))) يَكُونُ أَمَانَةً في يَدِهِ
فَإِنْ عَجَزَ الرَّاهِنُ عن الإفتكاك فَافْتَكَّهُ الْمَالِكُ لَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا وَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ ما قَضَى على الْمُسْتَعِيرِ
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِقَدْرِ ما كان يَمْلِكُ الدَّيْنَ بِهِ وَلَا يَرْجِعُ بِالزِّيَادَةِ عليه وَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا فيها
حتى لو كان الْمُسْتَعِيرُ رَهَنَ بِأَلْفَيْنِ وَقِيمَةُ الرَّهْنِ أَلْفٌ فَقَضَى الْمَالِكُ أَلْفَيْنِ فإنه يَرْجِعُ على الْمُسْتَعِيرِ بِأَلْفَيْنِ وَعَلَى ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ يَرْجِعُ عليه بألف (((بالألف)))
وَجْهُ قَوْلِ الْكَرْخِيِّ أَنَّ الْمَضْمُونَ على الْمُسْتَعِيرِ قَدْرُ الدَّيْنِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ عِنْدَ الْهَلَاكِ إلَّا قَدْرَ الدَّيْنِ فإذا قَضَى الْمَالِكُ الزِّيَادَةَ على الْمُقَدَّرِ كان مُتَبَرِّعًا فيها
وَجْهُ الْقَوْلِ الْآخَرِ أَنَّ الْمَالِكَ مُضْطَرٌّ إلَى قَضَاءِ كل الدَّيْنِ الذي رَهَنَ بِهِ لِأَنَّهُ عَلَّقَ مَالَهُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ بِحَيْثُ لَا فِكَاكَ له إلَّا بِقَضَاءِ كل الدَّيْنِ فَكَانَ مُضْطَرًّا في قَضَاءِ الْكُلِّ فَكَانَ مَأْذُونًا فيه من قِبَلِ الرَّاهِنِ دَلَالَةً كَأَنَّهُ وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ فَقَضَاهُ الْمُعِيرُ من مَالِ نَفْسِهِ
وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَرَجَعَ عليه بِمَا قَضَى
كَذَا هذا وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَمْتَنِعَ من قَبْضِ الدَّيْنِ من الْمُعِيرِ وَيُجْبَرُ على الْقَبْضِ وَيُسَلِّمُ الرَّهْنَ إلَيْهِ لِأَنَّ له وِلَايَةُ قَضَاءِ الدَّيْنِ لِتَخَلُّصِ مِلْكِهِ وَإِزَالَةِ الْعَلَقِ عنه فَلَا يَكُونُ لِلْمُرْتَهِنِ وِلَايَةُ الِامْتِنَاعِ من الْقَبْضِ وَالتَّسْلِيمِ
فَإِنْ اخْتَلَفَ الرَّاهِنُ وَالْمُعِيرُ وقد هَلَكَ الرَّهْنُ فقال الْمُعِيرُ هَلَكَ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ وقال الْمُسْتَعِيرُ هَلَكَ قبل أَنْ أَرْهَنَهُ أو بعدما افْتَكَكْتُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ مع يَمِينِهِ لِأَنَّ الضَّمَانَ إنَّمَا وَجَبَ على الْمُسْتَعِيرِ لِكَوْنِهِ قَاضِيًا دَيْنَ نَفْسِهِ من مَالِ

الْغَيْرِ بِإِذْنِهِ وهو يُنْكِرُ الْقَضَاءَ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُنْكِرِ وَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الْمَجْهُولِ وَلَا معجوز (((يجوز))) التَّسْلِيمُ وَنَحْوُ ذلك مِمَّا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَالْأَصْلُ فيه أَنَّ كُلَّ ما لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لَا يَجُوزُ رَهْنُهُ وقد ذَكَرْنَا جُمْلَةَ ذلك في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَقْبُوضَ الْمُرْتَهِنِ أو من يَقُومُ مَقَامَهُ وَالْكَلَامُ في الْقَبْضِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَنَّهُ شَرْطُ جَوَازِ الرَّهْنِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ صِحَّتِهِ وفي تَفْسِيرِ الْقَبْضِ وَمَاهِيَّتِهِ وفي بَيَانِ أَنْوَاعِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فيه قال عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ إنَّهُ شَرْطٌ وَقِيَاسُ قَوْلِ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْهِبَةِ أَنْ يَكُونَ رُكْنًا كَالْقَبُولِ حتى إن من حَلَفَ لَا يُرْهِنُ فُلَانًا شيئا فَرَهَنَهُ ولم يَقْبِضْهُ يَحْنَثُ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا يَحْنَثُ كما في الْهِبَةِ
وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِقَوْلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ } وَلَوْ كان الْقَبْضُ رُكْنًا لَصَارَ مَذْكُورًا بِذِكْرِ الرَّهْنِ فلم يَكُنْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ { مَقْبُوضَةٌ } مَعْنًى فَدَلَّ ذِكْرُ الْقَبْضِ مَقْرُونًا بِذِكْرِ الرَّهْنِ على أَنَّهُ شَرْطٌ وَلَيْسَ بِرُكْنٍ
وقال مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس بِرُكْنٍ وَلَا شَرْطٍ وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ } وَصَفَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الرَّهْنَ بِكَوْنِهِ مَقْبُوضًا فَيَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْقَبْضُ فيه شَرْطًا صِيَانَةً لِخَبَرِهِ تَعَالَى عن الْخُلْفِ وَلِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ لِلْحَالِ فَلَا يُفِيدُ الْحُكْمَ بِنَفْسِهِ كَسَائِرِ التَّبَرُّعَاتِ
وَلَوْ تَعَاقَدَا على أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ في يَدِ صَاحِبِهِ لَا يَجُوزُ الرَّهْنُ حتى لو هَلَكَ في يَدِهِ لَا يَسْقُطُ الدَّيْنُ
وَلَوْ أَرَادَ الْمُرْتَهِنُ أَنْ يَقْبِضَهُ من يَدِهِ لِيَحْبِسَهُ رَهْنًا ليس له ذلك لِأَنَّ هذا شَرْطٌ فَاسِدٌ أَدْخَلَاهُ في الرَّهْنِ فلم يَصِحَّ الرَّهْنُ وَلَوْ تَعَاقَدَا على أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْعَدْلِ وَقَبَضَهُ الْعَدْلُ جَازَ وَيَكُونُ قبض (((قبضه))) كَقَبْضِ الْمُرْتَهِنِ وَهَذَا قَوْلُ الْعَامَّةِ
وقال ابن أبي لَيْلَى لَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إلَّا بِقَبْضِ الْمُرْتَهِنِ وَالصَّحِيحُ قَوْلُ الْعَامَّةِ لِقَوْلِهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ } من غَيْرِ فَصْلٍ بين قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ وَالْعَدْلِ وَلِأَنَّ قَبْضَ الْعَدْلِ بِرِضَا الْمُرْتَهِنِ قَبْضُ الْمُرْتَهِنِ مَعْنًى
وَلَوْ قَبَضَهُ الْعَدْلُ ثُمَّ تَرَاضَيَا على أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ في يَدِ عَدْلٍ آخَرَ وَوَضَعَاهُ في يَدِهِ جَازَ لِأَنَّهُ جَازَ وَضْعُهُ في يَدِ الْأَوَّلِ لِتَرَاضِيهِمَا فَيَجُوزُ وَضْعُهُ في يَدِ الثَّانِي بِتَرَاضِيهِمَا وَكَذَا إذَا قَبَضَهُ الْعَدْلُ ثُمَّ تَرَاضَيَا على أَنْ يَكُونَ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ ووضعاه (((ووضعا))) في يَدِهِ لِأَنَّهُ جَازَ وَضْعُهُ في يَدِهِ في الِابْتِدَاءِ فَكَذَا في الِانْتِهَاءِ
وَكَذَا إذَا قَبَضَهُ الْمُرْتَهِنُ أو الْعَدْلُ ثُمَّ تَرَاضَيَا على أَنْ يَكُونَ في يَدِ الرَّاهِنِ وَوَضَعَهُ في يَدِهِ جَازَ لِأَنَّ الْقَبْضَ الصَّحِيحَ لِلْعَقْدِ قد وُجِدَ وقد خَرَجَ الرَّهْنُ من يَدِهِ فَبَعْدَ ذلك يَدُهُ وَيَدُ الْأَجْنَبِيِّ سَوَاءٌ
وَلَوْ رَهَنَ رَهْنًا وَسَلَّطَ عَدْلًا على بَيْعِهِ عِنْدَ الْمَحَلِّ فلم يَقْبِضْ حتى حَلَّ الْأَجَلُ فَالرَّهْنُ بَاطِلٌ لِأَنَّ صِحَّتَهُ بِالْقَبْضِ وَالْبَيْعُ صَحِيحٌ لِأَنَّ صِحَّةَ

التَّوْكِيلِ لَا تَقِفُ صِحَّتُهُ على الْقَبْضِ فَصَحَّ الْبَيْعُ وَإِنْ لم يَصِحَّ الرَّهْنُ وَكَذَلِكَ لو رَهَنَ مُشَاعًا وَسَلَّطَهُ على بَيْعِهِ فَالرَّهْنُ بَاطِلٌ وَالْوَكَالَةُ صَحِيحَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَوْ جَعَلَ عَدْلًا في الْإِمْسَاكِ وَعَدْلًا في الْبَيْعِ جَازَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَمْرٌ مَقْصُودٌ

فَيَصِحُّ إفْرَادُهُ بِالتَّوْكِيلِ
وَأَمَّا بَيَانُ شَرَائِطِ صِحَّتِهِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْهِبَةِ أَنَّ الْإِذْنَ بِالْقَبْضِ شَرْطُ صِحَّتِهِ فِيمَا له صِحَّةٌ بِدُونِ الْقَبْضِ وهو الْبَيْعُ فَلَأَنْ يَكُونَ شرطا (((شرط))) فِيمَا لَا صِحَّةَ له بِدُونِ الْقَبْضِ أَوْلَى وَلِأَنَّ الْقَبْضَ في هذا الْبَابِ يُشْبِهُ الرُّكْنَ كما في الْهِبَةِ فَيُشْبِهُ الْقَبُولَ وَذَا لَا يَجُوزُ من غَيْرِ رِضَا الرَّاهِنِ كَذَا هذا
ثُمَّ نَقُولُ الْإِذْنُ نَوْعَانِ نَصٌّ وما يَجْرِي مَجْرَى النَّصِّ ودلالة (((دلالة))) فَالْأَوَّلُ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ أَذِنْتُ له بِالْقَبْضِ أو رَضِيت بِهِ أو أقبض وما يَجْرِي هذا الْمَجْرَى فَيَجُوزُ قَبْضُهُ سَوَاءٌ قَبَضَ في الْمَجْلِسِ أو بَعْدَ الِافْتِرَاقِ اسْتِحْسَانًا وَقِيَاسُ قَوْلِ زُفَرَ في الْهِبَةِ أَنْ لَا يَجُوزَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ
وَالثَّانِي نَحْوُ أَنْ يَقْبِضَ الْمُرْتَهِنُ بِحَضْرَةِ الرَّاهِنِ فَيَسْكُتُ وَلَا يَنْهَاهُ فَيَصِحُّ قَبْضُهُ اسْتِحْسَانًا وَقِيَاسُ قَوْلِ زُفَرَ في الْهِبَةِ أَنْ لَا يَصِحَّ كما لَا يَصِحُّ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ لِأَنَّ الْقَبْضَ عِنْدَهُ رُكْنٌ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ فَلَا يَجُوزُ من غَيْرِ إذْنٍ كَالْقَبُولِ وَصَارَ كَالْبَيْعِ الصَّحِيحِ بَلْ أَوْلَى لِأَنَّ الْقَبْضَ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّتِهِ وإنه شَرْطٌ لِصِحَّةِ الرَّهْنِ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ وَجَدَ الْإِذْنَ هَهُنَا دَلَالَةَ الْإِقْدَامِ على إيجَابِ الرَّهْنِ لِأَنَّ ذلك دَلَالَةُ الْقَصْدِ إلَى إيجَابِ حُكْمِهِ وَلَا ثُبُوتَ لِحُكْمِهِ إلَّا بِالْقَبْضِ وَلَا صِحَّةَ لِلْقَبْضِ بِدُونِ الْإِذْنِ فَكَانَ الْإِقْدَامُ على الْإِيجَابِ دَلَالَةَ الْإِذْنِ بِالْقَبْضِ وَالْإِقْدَامُ دَلَالَةَ الْإِذْنِ بِالْقَبْضِ في الْمَجْلِسِ لَا بَعْدَ الِافْتِرَاقِ فلم يُوجَدْ الْإِذْنُ هُنَاكَ نَصًّا وَدَلَالَةً بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ الصَّحِيحَ بِدُونِ الْقَبْضِ فلم يَكُنْ الْإِقْدَامُ على إيجَابِهِ دَلِيلَ الْقَبْضِ فَلَا يَكُونُ دَلِيلَ الْإِذْنِ فَهُوَ الْفَرْقُ
وَلَوْ رَهَنَ شيئا مُتَّصِلًا بِمَا لم يَقَعْ عليه الرَّهْنُ كَالثَّمَرِ الْمُعَلَّقِ على الشَّجَرِ وَنَحْوِهِ مِمَّا لَا يَجُوزُ الرَّهْنُ فيه إلَّا بِالْفَصْلِ وَالْقَبْضِ فَفُصِلَ وَقُبِضَ فَإِنْ قُبِضَ بِغَيْرِ إذْنِ الرَّاهِنِ لم يَجُزْ قَبْضُهُ سَوَاءٌ كان الْفَصْلُ وَالْقَبْضُ في الْمَجْلِسِ أو في غَيْرِهِ لِأَنَّ الْإِيجَابَ هَهُنَا لم يَقَعْ صَحِيحًا فَلَا يُسْتَدَلُّ بِهِ على الْإِذْنِ بِالْقَبْضِ وَإِنْ قُبِضَ بِإِذْنِهِ فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ وهو قَوْلُ زُفَرَ وفي الِاسْتِحْسَانِ جَائِزٌ بِنَاءً على أَصْلٍ ذَكَرْنَاهُ في الْهِبَةِ وَاَللَّهُ الْمُوَفِّقُ
وَمِنْهَا الْحِيَازَةُ عِنْدَنَا فَلَا يَصِحُّ قَبْضُ الْمُشَاعِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس بِشَرْطٍ وَقَبْضُ الْمُشَاعِ صَحِيحٌ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الشِّيَاعَ لَا يَقْدَحُ في حُكْمِ الرَّهْنِ وَلَا في شَرْطِهِ فَلَا يَمْنَعُ جَوَازَ الرَّهْنِ وَدَلَالَةُ ذلك أَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ عِنْدَهُ كَوْنُ الْمُرْتَهِنِ أَحَقَّ بِبَيْعِ الْمَرْهُونِ وَاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ من بَدَلِهِ على ما نَذْكُرُ وَالشُّيُوعُ لَا يَمْنَعُ جَوَازَ الْبَيْعِ وَشَرْطُهُ هو الْقَبْضُ وأنه مُمْكِنٌ في النِّصْفِ الشَّائِعِ بِتَخْلِيَةِ الْكُلِّ
وَلَنَا أَنَّ قَبْضَ النِّصْفِ الشَّائِعِ وَحْدَهُ لَا يُتَصَوَّرُ وَالنِّصْفُ الْآخَرُ ليس بِمَرْهُونٍ فَلَا يَصِحُّ قَبْضُهُ وَسَوَاءٌ كان مُشَاعًا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ أو لَا يَحْتَمِلُهَا لِأَنَّ الشُّيُوعَ يَمْنَعُ تَحَقُّقَ قَبْضِ الشَّائِعِ في النَّوْعَيْنِ جميعا بِخِلَافِ الْهِبَةِ فإن الشُّيُوعَ فيها لَا يَمْنَعُ الْجَوَازَ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ لِأَنَّ الْمَانِعَ هُنَاكَ ضَمَانُ الْقِسْمَةِ على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْهِبَةِ وَأَنَّهُ يَخُصُّ الْمَقْسُومَ وَسَوَاءٌ رَهَنَ من أَجْنَبِيٍّ أو من شَرِيكِهِ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَسَوَاءٌ كان مُقَارِنًا لِلْعَقْدِ أو طَرَأَ عليه في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ الشُّيُوعَ الطارىء على الْعَقْدِ لَا يَمْنَعُ بَقَاءَ الْعَقْدِ على الصِّحَّةِ
صُورَتُهُ إذَا رَهَنَ شيئا وَسَلَّطَ الْمُرْتَهِنَ أو الْعَدْلَ على بَيْعِهِ كَيْفَ شَاءَ مُجْتَمِعًا أو مُتَفَرِّقًا فَبَاعَ نِصْفَهُ شَائِعًا أو اسْتَحَقَّ بَعْضَ الرَّهْنِ شَائِعًا
وَجْهُ رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ أَنَّ حَالَ الْبَقَاءِ لَا يُقَاسُ على حَالِ الِابْتِدَاءِ لِأَنَّ الْبَقَاءَ

أَسْهَلُ مِن حُكْمِ الِابْتِدَاءِ لِهَذَا فَرَّقَ الشَّرْعُ بين الطارىء وَالْمُقَارِنِ في كَثِيرٍ من الْأَحْكَامِ كَالْعِدَّةِ الطَّارِئَةِ وَالْإِبَاقِ الطارِىءِ وَنَحْوِ ذلك فَكَوْنُ الْحِيَازَةِ شَرْطًا في ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ لَا يَدُلُّ على كَوْنِهَا شَرْطَ الْبَقَاءِ على الصِّحَّةِ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْمَانِعَ في الْمُقَارِنِ كَوْنُ الشُّيُوعِ مَانِعًا عن تَحَقُّقِ الْقَبْضِ في النِّصْفِ الشَّائِعِ وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ في الطارىء فَيَمْنَعُ الْبَقَاءَ على الصِّحَّةِ وَلَوْ رَهَنَ رَجُلَانِ رَجُلًا عَبْدًا بِدَيْنٍ له عَلَيْهِمَا رَهْنًا وَاحِدًا جَازَ وكان كُلُّهُ رَهْنًا بِكُلِّ الدَّيْنِ حتى إن المرتهن (((للمرتهن))) له أَنْ يُمْسِكَهُ حتى يستوفي كُلَّ الدَّيْنِ وإذا قَضَى أَحَدُهُمَا دَيْنَهُ لم يَكُنْ له أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ من الرَّهْنِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَهَنَ كُلَّ الْعَبْدِ بِمَا عليه من الدَّيْنِ لَا نِصْفَهُ وَإِنْ كان الْمَمْلُوكُ منه لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفَ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ كَوْنَ الْمَرْهُونِ مَمْلُوكُ الرَّاهِنِ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الرَّهْنِ فإنه يَجُوزُ رَهْنُ مَالِ الْغَيْرِ بِإِذْنِهِ لِمَا بَيَّنَّا وَإِقْدَامُهُمَا على رَهْنِهِ صَفْقَةً وَاحِدَةً دَلَالَةُ الْإِذْنِ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَصَارَ كُلُّ الْعَبْدِ

رَهْنًا بِكُلِّ الدَّيْنِ وَلَا اسْتِحَالَةَ في ذلك لِأَنَّ الرَّهْنَ حُبِسَ وَلَيْسَ يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ الْوَاحِدُ مَحْبُوسًا بِكُلِّ الدَّيْنِ فلم يَكُنْ هذا رَهْنَ الشَّائِعِ فَجَازَ وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ من الْعَبْدِ إذَا قَضَى ما عليه من الدَّيْنِ لِأَنَّ كُلَّهُ مَرْهُونٌ بِكُلِّ الدَّيْنِ فما بَقِيَ شَيْءٌ من الدَّيْنِ بَقِيَ اسْتِحْقَاقُ الْحَبْسِ
وَكَذَلِكَ إذَا رَهَنَ رَجُلٌ رَجُلَيْنِ بِدَيْنٍ لَهُمَا عليه وَهُمَا شَرِيكَانِ فيه أو لَا شَرِكَةَ بَيْنَهُمَا جَازَ وإذا قَضَى الرَّاهِنُ دَيْنَ أَحَدِهِمَا لم يَكُنْ له أَنْ يَقْبِضَ شيئا من الرَّهْنِ لِأَنَّهُ رَهَنَ كُلَّ الْعَبْدِ بِدَيْنِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكُلُّ الْعَبْدِ يَصْلُحُ رَهْنًا بِدَيْنِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا على الْكَمَالِ كَأَنْ ليس معه غَيْرُهُ لِمَا ذَكَرْنَا وَهَذَا بِخِلَافِ الْهِبَةِ من رَجُلَيْنِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ أنها غَيْرُ جَائِزَةٍ لِأَنَّ الْهِبَةَ تَمْلِيكٌ وَتَمْلِيكُ شَيْءٍ وَاحِدٍ من اثْنَيْنِ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا على الْكَمَالِ مُحَالٌ وَالْعَاقِلُ لَا يَقْصِدُ بِتَصَرُّفِهِ الْمُحَالَ
فَأَمَّا الرَّهْنُ فَحَبْسٌ وَلَا اسْتِحَالَةَ في كَوْنِ الشَّيْءِ الْوَاحِدِ مَحْبُوسًا بِكُلِّ وَاحِدٍ من الدَّيْنَيْنِ فَهُوَ الْفَرْقُ بين الْفَصْلَيْنِ غير أَنَّهُ وَإِنْ كان مَحْبُوسًا بِكُلِّ وَاحِدٍ من الدَّيْنَيْنِ لَكِنَّهُ لَا يَكُونُ مَضْمُونًا إلَّا بِحِصَّتِهِ حتى لو هَلَكَ تَنْقَسِمُ قِيمَتُهُ على الدَّيْنَيْنِ فَيَسْقُطُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِهِ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ عِنْدَ هَلَاكِ الرَّهْنِ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا الدَّيْنَ من مَالِيَّةِ الرَّهْنِ وانه لَا يَفِي لِإستيفاء الدَّيْنَيْنِ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى من الْآخَرِ فَيُقْسَمُ عَلَيْهِمَا فَيَسْقُطُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِهِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ حَبْسُ الْمَبِيعِ بِأَنْ اشْتَرَى رَجُلَانِ من رَجُلٍ شيئا فَأَدَّى أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ من الثَّمَنِ لم يَكُنْ له أَنْ يَقْبِضَ شيئا من الْمَبِيعِ وكان لِلْبَائِعِ أَنْ يَحْبِسَ كُلَّهُ حتى يَسْتَوْفِيَ ما على الْآخَرِ لِأَنَّ كُلَّ الْمَبِيعِ مَحْبُوسٌ بِكُلِّ الثَّمَنِ فما بَقِيَ جُزْءٌ من الثَّمَنِ بَقِيَ اسْتِحْقَاقُ حَبْسِ كل الْمَبِيعِ
وَلَوْ رَهَنَ بَيْتًا بِعَيْنِهِ من دَارٍ أو رَهَنَ طَائِفَةً مُعَيَّنَةً من دَارٍ جَازَ لِانْعِدَامِ الشُّيُوعِ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ تَخْرُجُ زِيَادَةُ الدَّيْنِ على الرَّهْنِ أنها لَا تَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في الزِّيَادَاتِ أنها أَنْوَاعٌ أَرْبَعَةٌ زِيَادَةُ الرَّهْنِ وَهِيَ نَمَاؤُهُ كَالْوَلَدِ وَاللَّبَنِ وَالتَّمْرِ وَالصُّوفِ وَكُلِّ ما هو مُتَوَلِّدٌ من الرَّهْنِ أو في

حُكْمِ الْمُتَوَلَّدِ منه بِأَنْ كان بَدَلَ جُزْءٍ فَائِتٍ أو بَدَلَ ما هو في حُكْمِ الْجُزْءِ كَالْأَرْشِ وَالْعُقْرِ وَزِيَادَةُ الرَّهْنِ على أَصْلِ الرَّهْنِ كما إذَا رَهَنَ بِالدَّيْنِ جَارِيَةً ثُمَّ زَادَ عَبْدًا أو غير ذلك رَهْنًا بِذَلِكَ الدَّيْنِ وَزِيَادَةُ الرَّهْنِ على نَمَاءِ الرَّهْنِ كما إذَا رَهَنَ بِالدَّيْنِ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا ثُمَّ مَاتَتْ الْجَارِيَةُ ثُمَّ زَادَ رَهْنًا على الْوَلَدِ
وَزِيَادَةُ الدَّيْنِ على الرَّهْنِ كما إذَا رَهَنَ عَبْدًا بِأَلْفٍ ثُمَّ إنَّ الرَّاهِنَ اسْتَقْرَضَ من الْمُرْتَهِنِ أَلْفًا أُخْرَى على أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ رَهْنًا بِالْأَوَّلِ وَالزِّيَادَةِ جميعا
أَمَّا زِيَادَةُ الرَّهْنِ فَمَرْهُونَةٌ عِنْدَنَا على مَعْنَى أَنَّهُ يَثْبُتُ حُكْمُ الْأَصْلِ فيها وهو اسْتِحْقَاقُ الْحَبْسِ على طَرِيقِ اللُّزُومِ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَيْسَتْ بِمَرْهُونَةٍ أَصْلًا وَالْمَسْأَلَةُ تَأْتِي في بَيَانِ حُكْمِ الرَّهْنِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَأَمَّا زِيَادَةُ الرَّهْنِ فَجَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا
وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ وهو قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ وهو على اخْتِلَافِ الزِّيَادَةِ في الثَّمَنِ وَالْمُثَمَّنِ وقد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ في كِتَابِ الْبُيُوعِ
وَأَمَّا زِيَادَةُ الرَّهْنِ على نَمَاءِ الرَّهْنِ بَعْدَ هَلَاكِ الْأَصْلِ فَهِيَ مَوْقُوفَةٌ إنْ بَقِيَ الْوَلَدُ إلَى وَقْتِ الْفَكَاكِ جَازَتْ الزِّيَادَةُ وَإِنْ هَلَكَ لم تَجُزْ لِأَنَّهَا إذَا هَلَكَتْ تَبَيَّنَ أنها حَصَلَتْ بَعْدَ سُقُوطِ الدَّيْنِ وَقِيَامُ الدَّيْنِ شَرْطُ صِحَّةِ الزِّيَادَةِ
وَأَمَّا زِيَادَةُ الدَّيْنِ على الرَّهْنِ فَهِيَ على الِاخْتِلَافِ الذي ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ جَائِزَةٌ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الدَّيْنَ في بَابِ الرَّهْنِ كَالثَّمَنِ في بَابِ الْبَيْعِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الرَّهْنُ إلَّا بِالدَّيْنِ كما لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ إلَّا بِالثَّمَنِ ثُمَّ هُنَاكَ جَازَتْ الزِّيَادَةُ في الثَّمَنِ وَالْمُثَمَّنِ جميعا فَكَذَا هُنَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ في الرَّهْنِ وَالدَّيْنِ جميعا وَالْجَامِعُ بين الْبَابَيْنِ أَنَّ الزِّيَادَةَ عِنْدَنَا تُلْتَحَقُ بِأَصْلِ الْعَقْدِ كَأَنَّ الْعَقْدَ وَرَدَ على الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ جميعا فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ رَهَنَ بِالدَّيْنِ عَبْدَيْنِ ابْتِدَاءً وَذَا جَائِزٌ كَذَا هذا
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ هذه الزِّيَادَةَ لو صَحَّتْ لَأَوْجَبَتْ الشُّيُوعَ في الرَّهْنِ وَأَنَّهُ يَمْنَعُ صِحَّةَ الرَّهْنِ وَدَلَالَةُ ذلك أنها لو صَحَّتْ لَصَارَ بَعْضُ الْعَبْدِ بِمُقَابَلَتِهَا فَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَصِيرَ ذلك الْبَعْضُ بِمُقَابَلَةِ الزِّيَادَةِ مع بَقَائِهِ مَشْغُولًا بِالْأَوَّلِ وَإِمَّا أَنْ يَفْرُغَ من الْأَوَّلِ وَيَصِيرَ مَشْغُولًا بِالزِّيَادَةِ لا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْمَشْغُولَ بِشَيْءٍ لَا يَحْتَمِلُ الشَّغْلَ بِغَيْرِهِ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ رَهَنَ بَعْضَ الْعَبْدِ بِالدَّيْنِ وَهَذَا رَهْنُ الْمُشَاعِ فَلَا يَجُوزُ كما إذَا رَهَنَ عَبْدًا وَاحِدًا بِدَيْنَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْضُهُ بِخِلَافِ زِيَادَةِ الرَّهْنِ على أَصْلِ الرَّهْنِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَاكَ لَا تُؤَدِّي إلَى شُيُوعِ الرَّهْنِ بَلْ إلَى شُيُوعِ الدَّيْنِ لِأَنَّ قبل الزِّيَادَةِ كان الْعَبْدُ بِمُقَابَلَةِ كل الدَّيْنِ وَبَعْدَ الزِّيَادَةِ صَارَ كُلُّهُ بِمُقَابَلَةِ بَعْضِ الدَّيْنِ وَالْعَبْدُ وَالزِّيَادَةُ بِمُقَابَلَةِ الْبَعْضِ الْآخَرِ فَيَرْجِعُ

الشُّيُوعُ إلَى الدَّيْنِ لَا إلَى الرَّهْنِ وَالشُّيُوعُ في الدَّيْنِ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ للرهن (((الرهن))) وفي الرَّهْنِ يَمْنَعُ صِحَّتَهُ
أَلَا تَرَى لو رَهَنَ عَبْدًا بِنِصْفِ الدَّيْنِ جَازَ وَلَوْ رَهَنَ نِصْفَ الْعَبْدِ بِالدَّيْنِ لم يُجْزَ لِذَلِكَ افْتَرَقَ حُكْمُ الزِّيَادَتَيْنِ

وَلَوْ رَهَنَ مُشَاعًا فَقَسَّمَ وسلم جَازَ لِأَنَّ الْعَقْدَ في الْحَقِيقَةِ مَوْقُوفٌ على الْقِسْمَةِ وَالتَّسْلِيمِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فإذا وُجِدَ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ من النَّفَاذِ فَيَنْفُذُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَرْهُونُ فَارِغًا عَمَّا ليس بِمَرْهُونٍ فَإِنْ كان مَشْغُولًا بِهِ بِأَنْ رَهَنَ دَارًا فيها مَتَاعُ الرَّاهِنِ وسلم الدَّارَ أو سَلَّمَ الدَّارَ مع ما فيها من الْمَتَاعِ أو رَهَنَ جُوَالِقًا دُونَ ما فيه وسلم الْجُوَالِقَ أو سَلَّمَهُ مع ما فيه لم يَجُزْ لِأَنَّ مَعْنَى الْقَبْضِ هو التَّخْلِيَةُ الْمُمْكِنَةُ من التَّصَرُّفِ وَلَا يَتَحَقَّقُ مع الشُّغْلِ
وَلَوْ أَخْرَجَ الْمَتَاعَ من الدَّارِ ثُمَّ سَلَّمَهَا فَارِغَةً جَازَ وَيُنْظَرُ إلَى حَالِ الْقَبْضِ لَا إلَى حَالِ الْعَقْدِ لِأَنَّ الْمَانِعَ هو الشُّغْلُ وقد زَالَ فَيَنْفُذُ كما في رَهْنِ الْمُشَاعِ
وَلَوْ رَهَنَ الْمَتَاعَ الذي فيها دُونَ الدَّارِ وَخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدَّارِ جَازَ بِخِلَافِ ما إذَا رَهَنَ الدَّارَ دُونَ الْمَتَاعِ لِأَنَّ الدَّارَ تَكُونُ مَشْغُولَةً بِالْمَتَاعِ فَأَمَّا الْمَتَاعُ فَلَا يَكُونُ مَشْغُولًا بِالدَّارِ فَيَصِحُّ قَبْضُ الْمَتَاعِ ولم يَصِحَّ قَبْضُ الدَّارِ
وَلَوْ رَهَنَ الدَّارَ وَالْمَتَاعَ وَالَّذِي فيها صَفْقَةٌ وَاحِدَةٌ وَخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا وهو خَارِجُ الدَّارِ جَازَ الرَّهْنُ فِيهِمَا جميعا لِأَنَّهُ رَهَنَ الْكُلَّ وسلم الْكُلَّ وَصَحَّ تَسْلِيمُهُمَا جميعا وَلَوْ فَرَّقَ الصَّفْقَةَ بِأَنْ رَهَنَ أَحَدَهُمَا ثُمَّ الْآخَرَ فَإِنْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا في التَّسْلِيمِ صَحَّ الرَّهْنُ فِيهِمَا جميعا
أَمَّا في الْمَتَاعِ فَلَا شَكَّ فيه لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَتَاعَ لَا يَكُونُ مَشْغُولًا بِالدَّارِ وَأَمَّا في الدَّارِ فَلِأَنَّ الْمَانِعَ وهو الشُّغْلُ قد زَالَ وَإِنْ فَرَّقَ بِأَنْ رَهَنَ أَحَدَهُمَا وسلم ثُمَّ رَهَنَ الْآخَرَ وسلم لم يَجُزْ الرَّهْنُ في الدَّارِ وَجَازَ في الْمَتَاعِ سَوَاءٌ قَدَّمَ أو أَخَّرَ بِخِلَافِ الْهِبَةِ فإن هُنَاكَ يراعي فيه التَّرْتِيبُ إنْ قَدَّمَ هِبَةَ الدَّارِ لم تَجُزْ الْهِبَةُ في الدَّارِ وَجَازَتْ في الْمَتَاعِ كما في الرَّهْنِ وَإِنْ قَدَّمَ هِبَةَ الْمَتَاعِ جَازَتْ الْهِبَةُ فِيهِمَا جميعا
أَمَّا في الْمَتَاعِ فَلِأَنَّهُ غَيْرُ مَشْغُولٍ بِالدَّارِ وَأَمَّا في الدَّارِ فَلِأَنَّهَا وَإِنْ كانت مَشْغُولَةً وَقْتَ الْقَبْضِ لَكِنْ بِمَتَاعٍ هو مِلْكُ الْمَوْهُوبِ له فلم يَمْنَعْ صِحَّةَ الْقَبْضِ وَهُنَا الدَّارُ مَشْغُولَةٌ بِمَتَاعٍ هو مِلْكُ الرَّاهِنِ فَيَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ فَهُوَ الْفَرْقُ
وَلَوْ رَهَنَ دَارًا وَالرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ في جَوْفِ الدَّارِ فقال الرَّاهِنُ سَلَّمْتُهَا إلَيْكَ لم يَصِحَّ التَّسْلِيمُ حتى يَخْرُجَ من الدَّارِ ثُمَّ يُسَلِّمَ لِأَنَّ مَعْنَى التَّسْلِيمِ وهو التَّخْلِيَةُ لَا يَتَحَقَّقُ مع كَوْنِهِ في الدَّارِ فَلَا بُدَّ من تَسْلِيمٍ جَدِيدٍ بَعْدَ الْخُرُوجِ منها
وَلَوْ رَهَنَ دَابَّةً عليها حِمْلٌ دُونَ الْحِمْلِ لم يَتِمَّ الرَّهْنُ حتى يُلْقِيَ الحلم (((الحمل))) عنها ثُمَّ يُسَلِّمَهَا إلَى الْمُرْتَهِنِ
وَلَوْ رَهَنَ الْحِمْلَ دُونَ الدَّابَّةِ وَدَفَعَهَا إلَيْهِ كان رَهْنًا تَامًّا في الْحِمْلِ لِأَنَّ الدَّابَّةَ مَشْغُولَةٌ بِالْحِمْلِ أَمَّا الْحِمْلُ فَلَيْسَ مَشْغُولًا بِالدَّابَّةِ كما في رَهْنِ الدَّارِ التي فيها الْمَتَاعُ بِدُونِ الْمَتَاعِ وَرَهْنُ الْمَتَاعِ الذي في الدَّارِ بِدُونِ الدَّارِ
وَلَوْ رَهَنَ سَرْجًا على دَابَّةٍ أو لِجَامًا في رَأْسِهَا أو رَسَنًا في رَأْسِهَا فَدَفَعَ إلَيْهِ الدَّابَّةَ مع اللِّجَامِ وَالسَّرْجِ وَالرَّسَنِ لم يَكُنْ رَهْنًا حتى يَنْزِعَهُ من رَأْسِ الدَّابَّةِ ثُمَّ يُسَلِّمَ بِخِلَافِ ما إذَا رَهَنَ مَتَاعًا في الدَّارِ لِأَنَّ السَّرْجَ وَنَحْوَهُ من تَوَابِعِ الدَّابَّةِ فلم يَصِحَّ رَهْنُهَا بِدُونِ الدَّابَّةِ كما لَا يَصِحُّ رَهْنُ الثَّمَرِ بِدُونِ الشَّجَرِ بِخِلَافِ الْمَتَاعِ فإنه ليس تَبَعًا لِلدَّارِ وَلِهَذَا قالوا لو رَهَنَ دَابَّةً عليها سَرْجٌ أو لِجَامٌ دخل ذلك في الرَّهْنِ بِحُكْمِ التَّبَعِيَّةِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا رَهَنَ جَارِيَةً وَاسْتَثْنَى ما في بَطْنِهَا أو بَهِيمَةً وَاسْتَثْنَى ما في بَطْنِهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الِاسْتِثْنَاءُ وَلَا الْعَقْدُ
أَمَّا الِاسْتِثْنَاءُ فَلِأَنَّهُ لو جَازَ لَكَانَ الْمَرْهُونُ مَشْغُولًا بِمَا ليس بِمَرْهُونٍ وَأَمَّا الْعَقْدُ فَلِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ ما في الْبَطْنِ بِمَنْزِلَةِ الشَّرْطِ الْفَاسِدِ
وَالرَّهْنُ تُبْطِلُهُ الشُّرُوطُ الْفَاسِدَةُ كَالْبَيْعِ بِخِلَافِ الْهِبَةِ وَلَوْ أَعْتَقَ ما في بَطْنِ جَارِيَتِهِ ثُمَّ رَهَنَ الْأُمَّ أو دَبَّرَ ما في بَطْنِهَا ثُمَّ رَهَنَ الْأُمَّ فَالْكَلَامُ فيه كَالْكَلَامِ في

الْهِبَةِ وقد مَرَّ الْكَلَامُ في الْهِبَةِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَرْهُونُ مُنْفَصِلًا مُتَمَيِّزًا عَمَّا ليس بِمَرْهُونٍ فَإِنْ كان مُتَّصِلًا بِهِ غير مُتَمَيِّزٍ عنه لم يَصِحَّ قَبْضُهُ لِأَنَّ قَبْضَ الْمَرْهُونِ وَحْدَهُ غَيْرُ مُمْكِنٍ وَالْمُتَّصِلُ بِهِ غَيْرُ مَرْهُونٍ فَأَشْبَهَ رَهْنَ الْمُشَاعِ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ يَخْرُجُ ما إذَا رَهَنَ الْأَرْضَ بِدُونِ الْبِنَاءِ أو بِدُونِ الزَّرْعِ وَالشَّجَرِ أو الزَّرْعَ وَالشَّجَرَ بِدُونِ الْأَرْضِ أو الشَّجَرَ بِدُونِ الثَّمَرِ أو الثَّمَرَ بِدُونِ الشَّجَرِ إنه لَا يَجُوزُ سَوَاءٌ سَلَّمَ الْمَرْهُونَ بِتَخْلِيَةِ الْكُلِّ أو لَا لِأَنَّ الْمَرْهُونَ مُتَّصِلٌ بِمَا ليس بِمَرْهُونٍ وَهَذَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ
وَلَوْ جد الثَّمَرَ وَحَصَدَ الزَّرْعَ وسلم مُنْفَصِلًا جَازَ لِأَنَّ الْمَانِعَ من النَّفَاذِ قد زَالَ
وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا في عَقْدِ الرَّهْنِ فَرَهَنَهُمَا جميعا وسلم مُتَفَرِّقًا جَازَ وَإِنْ فَرَّقَ الصَّفْقَةَ بِأَنْ رَهَنَ الزَّرْعَ ثُمَّ الْأَرْضَ أو الْأَرْضَ ثُمَّ الزَّرْعَ يَنْظُرْ إنْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا في التَّسْلِيمِ جَازَ الرَّهْنُ فِيهِمَا جميعا وَإِنْ فَرَّقَ لَا يَجُوزُ فِيهِمَا جميعا سَوَاءٌ قَدَّمَ أو أَخَّرَ بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْمَانِعَ في الْفَصْلَيْنِ مُخْتَلِفٌ

فَالْمَانِعُ من صِحَّةِ الْقَبْضِ في هذا الْفَصْلِ هو الِاتِّصَالُ وإنه لَا يَخْتَلِفُ وَالْمَانِعُ من صِحَّةِ الْقَبْضِ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ هو الشَّغْلُ وإنه يَخْتَلِفُ
مِثَالُ هذا إذَا رَهَنَ نِصْفَ دَارِهِ مُشَاعًا من رَجُلٍ ولم يُسَلِّمْ إلَيْهِ حتى رَهَنَهُ النِّصْفَ الْبَاقِيَ وسلم الْكُلَّ إنه يَجُوزُ وَلَوْ رَهَنَ النِّصْفَ وسلم ثُمَّ رَهَنَ النِّصْفَ الْبَاقِيَ وسلم لَا يَجُوزُ كَذَا هذا
وَعَلَى هذا إذَا رَهَنَ صُوفًا على ظَهْرِ غَنَمٍ بِدُونِ الْغَنَمِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَرْهُونَ مُتَّصِلٌ بِمَا ليس بِمَرْهُونٍ وَهَذَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَبْضِ وَلَوْ جَزَّهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ لِأَنَّ الْمَانِعَ قد زَالَ وَعَلَى هذا أَيْضًا إذَا رَهَنَ دَابَّةً عليها حِمْلٌ بِدُونِ الْحِمْلِ لَا يَجُوزُ وَلَوْ رَفَعَ الْحِمْلَ عنها وَسَلَّمَهَا فَارِغَةً جَازَ لِمَا قُلْنَا بِخِلَافِ ما إذَا رَهَنَ ما في بَطْنِ جَارِيَتِهِ أو ما في بَطْنِ غَنَمِهِ أو ما في ضَرْعِهَا أو رَهَنَ سَمْنًا في لَبَنٍ أو دُهْنًا في سِمْسِمٍ أو زَيْتًا في زَيْتُونٍ أو دَقِيقًا في حِنْطَةٍ أَنَّهُ يَبْطُلُ وَإِنْ سَلَّطَهُ على قَبْضِهِ عِنْدَ الْوِلَادَةِ أو عِنْدَ اسْتِخْرَاجِ ذلك فَقَبَضَ لِأَنَّ الْعَقْدَ هُنَاكَ لم يَنْعَقِدْ أَصْلًا لِعَدَمِ الْمَحَلِّ لِكَوْنِهِ مُضَافًا إلَى الْمَعْدُومِ وَلِهَذَا لم يَنْعَقِدْ الْبَيْعُ الْمُضَافُ إلَيْهَا فَكَذَا الرَّهْنُ أَمَّا هُنَا فَالْعَقْدُ مُنْعَقِدٌ مَوْقُوفٌ نَفَاذُهُ على صِحَّةِ التَّسْلِيمِ بِالْفَصْلِ وَالتَّمْيِيزِ فإذا وُجِدَ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ
وَلَوْ رَهَنَ الشَّجَرَ بِمَوَاضِعِهِ من الْأَرْضِ جَازَ لِأَنَّ قَبْضَهُ مُمْكِنٌ
وَلَوْ رَهَنَ شَجَرًا وَفِيهِ ثَمَرٌ لم يُسَمِّهِ في الرَّهْنِ دخل في الرَّهْنِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ الثَّمَرُ في بَيْعِ الشَّجَرِ من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ لِأَنَّهُ قَصَدَ تَصْحِيحَ الرَّهْنِ وَلَا صِحَّةَ له بِدُونِ الْقَبْضِ وَلَا صِحَّةَ لِلْقَبْضِ بِدُونِ دُخُولِ ما هو مُتَّصِلٌ بِهِ فَيَدْخُلُ تَحْتَ الْعَقْدِ تَصْحِيحًا له بِخِلَافِ الْبَيْعِ فإنه يَصِحُّ في الشَّجَرِ بِدُونِ الثَّمَرِ وَلَا ضَرُورَةَ إلَى إدْخَالِ الثَّمَرِ لِلتَّصْحِيحِ
وَلَوْ قال رَهَنْتُكَ هذه الدَّارَ أو هذه الْأَرْضَ أو هذا الْكَرْمَ وَأَطْلَقَ الْقَوْلَ ولم يَخُصَّ شيئا دخل فيه كُلُّ ما كان مُتَّصِلًا بِهِ من الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ لِأَنَّ ذلك يَدْخُلُ في الْبَيْعِ مع أَنَّ الْقَبْضَ ليس من شَرْطِ صِحَّتِهِ فَلَأَنْ يَدْخُلَ في الرَّهْنِ أَوْلَى إلَّا أَنَّهُ يَدْخُلُ فيه الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ وَلَا يَدْخُلُ في الْبَيْعِ لِمَا ذَكَرْنَا بِخِلَافِ الْمَتَاعِ أَنَّهُ لَا

يَدْخُلُ في رَهْنِ الدَّارِ وَيَدْخُلُ الثَّمَرُ في رَهْنِ الشَّجَرِ لِأَنَّ الثَّمَرَ تَابِعٌ لِلشَّجَرِ وَالْمَتَاعَ ليس بِتَابِعٍ لِلدَّارِ
وَلَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضَ الْمَرْهُونِ بَعْدَ صِحَّةِ الرَّهْنِ يَنْظُرُ إلَى الْبَاقِي إنْ كان الْبَاقِي بَعْدَ الِاسْتِحْقَاقِ مِمَّا يَجُوزُ رَهْنُهُ ابْتِدَاءً لَا يَفْسُدُ الرَّهْنُ فيه وَإِنْ كان مِمَّا لَا يَجُوزُ رَهْنُهُ ابْتِدَاءً فَسَدَ الرَّهْنُ في الْكُلِّ لِأَنَّهُ لَمَّا اُسْتُحِقَّ بَعْضُهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَقْدَ لم يَصِحَّ في الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ وَأَنَّهُ لم يَقَعْ إلَّا على الْبَاقِي فَكَأَنَّهُ رَهَنَ هذا الْقَدْرَ ابْتِدَاءً فَيَنْظُرُ فيه إنْ كان مَحَلًّا لِابْتِدَاءِ الرَّهْنِ يَبْقَى الرَّهْنُ فيه وَإِلَّا فَيَفْسُدُ في الْكُلِّ
كما لو رَهَنَ هذا الْقَدْرَ ابْتِدَاءً
إلَّا أَنَّهُ إذَا بَقِيَ الرَّهْنُ فيه يبقي بِحِصَّتِهِ حتى لو هَلَكَ الْبَاقِي يهلك بِحِصَّتِهِ من الدَّيْنِ وَإِنْ كان في قِيمَتِهِ وَفَاءٌ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَلَا يَذْهَبُ جَمِيعُ الدَّيْنِ وإذا رَهَنَ الْبَاقِي ابْتِدَاءً وَفِيهِ وَفَاءٌ بِالدَّيْنِ فَهَلَكَ يَهْلِكُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَإِنْ شِئْت أَنْ تَجْعَلَ الْحِيَازَةَ شَرْطًا مُفْرَدًا وَخَرَّجْتَ الْمُشَاعَ على هذا الْأَصْلِ لِأَنَّهُ مَرْهُونٌ مُتَّصِلٌ بِمَا ليس بِمَرْهُونٍ حَقِيقَةً فَكَانَ تَخْرِيجُهُ عليه مُسْتَقِيمًا فَافْهَمْ
وَمِنْهَا أَهْلِيَّةُ الْقَبْضِ وَهِيَ الْعَقْلُ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ أَهْلِيَّةُ الرُّكْنِ وهو الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ فَلَأَنْ تَثْبُتَ بِهِ أَهْلِيَّةُ الشَّرْطِ أَوْلَى
وَأَمَّا تفسيرالقبض فَالْقَبْضُ عِبَارَةٌ عن التَّخَلِّي وهو التَّمَكُّنُ من إثْبَاتِ الْيَدِ وَذَلِكَ بِارْتِفَاعِ الْمَوَانِعِ وَإِنَّهُ يَحْصُلُ بِتَخْلِيَةِ الرَّاهِنِ بين الْمَرْهُونِ وَالْمُرْتَهِنِ فإذا حَصَلَ ذلك صَارَ الرَّاهِنُ مُسْلِمًا وَالْمُرْتَهِنُ قَابِضًا وَهَذَا جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وري (((وروي))) عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ معه النَّقْلُ وَالتَّحْوِيلُ فما لم يُوجَدْ لَا يَصِيرُ قَابِضًا
وَجْهُ هذه الرِّوَايَةِ أَنَّ الْقَبْضَ شَرْطُ صِحَّةِ الرَّهْنِ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ } وَمُطْلَقُ الْقَبْضِ يَنْصَرِفُ إلَى الْقَبْضِ الْحَقِيقِيِّ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذلك إلَّا بِالنَّقْلِ فَأَمَّا التَّخَلِّي فَقَبْضٌ حُكْمًا لَا حَقِيقَةً فَلَا يُكْتَفَى بِهِ وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ التَّخَلِّيَ بِدُونِ النَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ قَبْضٌ في الْعُرْفِ وَالشَّرْعِ
أَمَّا الْعُرْفُ فإن الْقَبْضَ يَرِدُ على ما لَايحتمل النَّقْلَ وَالتَّحْوِيلَ من الدَّارِ وَالْعَقَارِ يُقَالُ هذه الْأَرْضُ أو هذه الْقَرْيَةُ أو هذه الْوِلَايَةُ في يَدِ فُلَانٍ فَلَا يُفْهَمُ منه إلَّا التَّخَلِّيَ وهو التَّمَكُّنُ من التَّصَرُّفِ
وَأَمَّا الشَّرْعُ فإن التَّخَلِّيَ في بَابِ الْبَيْعِ قَبْضٌ بِالْإِجْمَاعِ من غَيْرِ نَقْلٍ وَتَحْوِيلٍ دَلَّ أَنَّ التَّخَلِّيَ بِدُونِ النَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ قَبْضٌ حَقِيقَةً وَشَرِيعَةً فَيُكْتَفَى بِهِ
وَأَمَّا بَيَانُ أَنْوَاعِ الْقَبْضِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْقَبْضُ نَوْعَانِ نَوْعٌ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ وَنَوْعٌ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ أَمَّا الْقَبْضُ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ فَهُوَ أَنْ يَقْبِضَ بِنَفْسِهِ لِنَفْسِهِ
وَأَمَّا الْقَبْضُ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ فَنَوْعَانِ نَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى الْقَابِضِ وَنَوْعٌ يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْقَبْضِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْقَابِضِ فَنَحْوُ قَبْضِ الْأَبِ وَالْوَصِيِّ عن (((وعن))) الصَّبِيِّ وكذا قَبْضُ الْعَدْلِ يَقُومُ مَقَامَ قَبْضِ

الْمُرْتَهِنِ حتى لو هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِهِ كان الْهَلَاكُ على الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ نَفْسَ الْقَبْضِ مِمَّا يَحْتَمِلُ النِّيَابَةَ وَلِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ وَاسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ مِمَّا يَحْتَمِلُ النِّيَابَةَ

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْقَبْضِ فَهُوَ أَنَّ الْمَرْهُونَ إذَا كان مَقْبُوضًا عِنْدَ الْعَقْدِ فَهَلْ يَنُوبُ ذلك عن قَبْضِ الرَّهْنِ فَالْأَصْلُ فيه ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْبُيُوعِ وَالْهِبَةِ إن القبضين (((القابضين))) إذَا تَجَانَسَا نَابَ أَحَدُهُمَا عن الْآخَرِ وإذا اخْتَلَفَا نَابَ الْأَعْلَى عن الْأَدْنَى وقد بَيَّنَّا فِقْهَ هذا الْأَصْلِ وَفُرُوعِهِ فِيمَا تَقَدَّمَ وَإِنْ شِئْتَ عَدَدْتَ الْحِيَازَةَ وَالْفَرَاغَ وَالتَّمْيِيزَ من شَرَائِطِ نَفْسِ الْعَقْدِ فَقُلْتَ وَمِنْ شَرَائِطِ صِحَّةِ الْعَقْدِ أَنْ يَكُونَ الْمَرْهُونُ مَحُوزًا عِنْدَنَا وَبَنَيْتَ الْمُشَاعَ عليه وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ وَمِنْهَا دَوَامُ الْقَبْضِ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس بِشَرْطٍ وَبَنَيْتَ عليه الْمُشَاعَ وَلَنَا في إثْبَاتِ هذا الشَّرْطِ دَلِيلَانِ أَحَدُهُمَا قَوْله تَعَالَى { فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ } أَخْبَرَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَنَّ الْمَرْهُونَ مَقْبُوضٌ فَيَقْتَضِي كَوْنَهُ مَقْبُوضًا ما دَامَ مَرْهُونًا لِأَنَّ إخْبَارَهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لَا يَحْتَمِلُ الْخُلْفَ وَالشُّيُوعُ يَمْنَعُ دَوَامَ الْقَبْضِ فَيَمْنَعُ صِحَّةَ الرَّهْنِ

وَالثَّانِي أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى سَمَّاهُ رَهْنًا وَكَذَا يُسَمَّى رَهْنًا في مُتَعَارَفِ اللُّغَةِ وَالشَّرْعِ وَالرَّهْنُ حَبْسٌ في اللُّغَةِ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ } أَيْ حَبِيسَةٌ بِكَسْبِهَا فَيَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ مَحْبُوسًا ما دَامَ مَرْهُونًا وَالشِّيَاعُ يَمْنَعُ دَوَامَ الْحَبْسِ فَيَمْنَعُ جَوَازَ الرَّهْنِ

وَسَوَاءٌ كان فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ أو فِيمَا لَا يَحْتَمِلُهَا لِأَنَّ الشُّيُوعَ يَمْنَعُ إدَامَةَ الْقَبْضُ فِيهِمَا جميعا وَسَوَاءٌ كان الشُّيُوعُ مُقَارِنًا أو طَارِئًا في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ كُلَّ ذلك يَمْنَعُ دَوَامَ الْقَبْضِ وَسَوَاءٌ كان الرَّهْنُ من أَجْنَبِيٍّ أو من شَرِيكِهِ لِأَنَّهُ لو جَازَ لَأَمْسَكَهُ الشَّرِيكُ يَوْمًا بِحُكْمِ الْمِلْكِ وَيَوْمًا بِحُكْمِ الرَّهْنِ فَتَخْتَلِفُ جِهَةُ الْقَبْضِ وَالْحَبْسِ فَلَا يَدُومُ الْقَبْضُ وَالْحَبْسُ من حَيْثُ الْمَعْنَى وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ رَهَنَهُ يَوْمًا وَيَوْمًا لَا وَذَا لَا يَجُوزُ وَعَلَى هذا أَيْضًا يَخْرُجُ رَهْنُ ما هو مُتَّصِلٌ بِعَيْنٍ ليس بِمَرْهُونٍ لِأَنَّ اتِّصَالَهُ بِعَيْنِ الْمَرْهُونِ يَمْنَعُ من إدَامَةِ الْقَبْضِ عليه وإنه شَرْطُ جَوَازِ الرَّهْنِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ فَارِغًا ما ليس بِمَرْهُونٍ وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مُنْفَصِلًا مُمَيَّزًا عَمَّا ليس بِمَرْهُونٍ وَخَرَجَتْ على كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَسَائِلُهُ التي ذَكَرْنَا فَافْهَمْ

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَرْهُونِ بِهِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا وَالْكَلَامُ في هذا الشَّرْطِ يَقَعُ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في أَصْلِ اشْتِرَاطِ الضَّمَانِ

وَالثَّانِي في صِفَةِ الْمَضْمُونِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَأَصْلُ الضَّمَانِ هو كَوْنُ الْمَرْهُونِ بِهِ مَضْمُونًا شَرْطُ جَوَازِ الرَّهْنِ لِأَنَّ الْمَرْهُونَ عِنْدَنَا مَضْمُونٌ بِمَعْنَى سُقُوطِ الْوَاجِبِ عِنْدَ هَلَاكِهِ أو بِمَعْنَى اسْتِيفَاءِ الْوَاجِبِ وَلَسْنَا نَعْنِي بِالْمَضْمُونِ سِوَى أَنْ يَكُونَ وَاجِبَ التَّسْلِيمِ على الرَّاهِنِ وَالْمَضْمُونُ نَوْعَانِ دَيْنٌ وَعَيْنٌ

أَمَّا الدَّيْنُ فَيَجُوزُ الرَّهْنُ به بِأَيِّ سَبَبٍ وَجَبَ من الْإِتْلَافِ وَالْغَصْبِ وَالْبَيْعِ وَنَحْوِهَا لِأَنَّ الدُّيُونَ كُلَّهَا وَاجِبَةٌ على اخْتِلَافِ أَسْبَابِ وُجُوبِهَا فَكَانَ الرَّهْنُ بها رَهْنًا بِمَضْمُونٍ فَيَصِحُّ وَسَوَاءٌ كان مِمَّا يَحْتَمِلُ الِاسْتِبْدَالَ قبل الْقَبْضِ أو لَا يَحْتَمِلُهُ كَرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَبَدَلِ الصَّرْفِ وَالْمُسَلَّمِ فيه وَهَذَا عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ وقال زُفَرُ لَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِهَذِهِ الدُّيُونِ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ سُقُوطَ الدَّيْنِ عِنْدَ هَلَاكِ الرَّهْنِ بِطَرِيقِ الِاسْتِبْدَالِ على مَعْنَى أَنَّ عَيْنَ الدَّيْنِ تَصِيرُ بَدَلًا عن الدَّيْنِ لَا بِطَرِيقِ الِاسْتِيفَاءِ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ لَا يَتَحَقَّقُ إلَّا عِنْدَ الْمُجَانَسَةِ وَالرَّهْنُ مع الدَّيْنِ يَكُونَانِ مُخْتَلِفَيْ الْجِنْسِ عَادَةً فَلَا يَكُونُ الْقَوْلُ بِالسُّقُوطِ بِطَرِيقِ الِاسْتِيفَاءِ فَتَعَيَّنَ أَنْ يَكُونَ بِطَرِيقِ الِاسْتِبْدَالِ فَيَخْتَصُّ

جَوَازُ الرَّهْنِ بِمَا يَحْتَمِلُ الِاسْتِبْدَالَ وَهَذِهِ الدُّيُونُ كما لَا يَجُوزُ اسْتِبْدَالُهَا فَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بها
وَلَنَا أَنَّ السُّقُوطَ بِطَرِيقِ الِاسْتِيفَاءِ لِمَا نَذْكُرُ في حُكْمِ الرَّهْنِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى وَاسْتِيفَاءُ هذه الدُّيُونِ مُمْكِنٌ
وَأَمَّا قَوْلُهُ الِاسْتِيفَاءُ يَسْتَدْعِي الْمُجَانَسَةَ قُلْنَا الْمُجَانَسَةُ ثَابِتَةٌ من وَجْهٍ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ يَقَعُ بِمَالِيَّةِ الرَّهْنِ لَا بِصُورَتِهِ وَالْأَمْوَالُ كُلُّهَا فِيمَا يَرْجِعُ إلَى مَعْنَى الْمَالِيَّةِ جِنْسٌ وَاحِدٌ وقد يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْمُجَانَسَةِ من حَيْثُ الصُّورَةُ وَيُكْتَفَى بِمُطْلَقِ الْمَالِيَّةِ لِلْحَاجَةِ وَالضَّرُورَةِ كما في إتْلَافِ ما لَا مِثْلَ له من جِنْسِهِ وقد تَحَقَّقَتْ الضَّرُورَةُ في بَابِ الرَّهْنِ لِحَاجَةِ الناس إلَى تَوْثِيقِ دُيُونِهِمْ من جَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ فَأَمْكَنَ الْقَوْلُ بِالِاسْتِيفَاءِ وإذا جَازَ الرَّهْنُ بِهَذِهِ الدُّيُونِ فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ في الْمَجْلِسِ تَمَّ الصَّرْفُ وَالسَّلَمُ لِأَنَّهُ صَارَ مُسْتَوْفِيًا عَيْنَ حَقِّهِ في الْمَجْلِسِ لَا مُسْتَبْدِلًا وَإِنْ لم يَهْلِكْ حتى افْتَرَقَا بَطَلَا لِفَوَاتِ شَرْطِ الْبَقَاءِ على الصِّحَّةِ وهو الْقَبْضُ في الْمَجْلِسِ
وَأَمَّا الْعَيْنُ فَنَقُولُ لَا خِلَافَ في أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالْعَيْنِ التي هِيَ أَمَانَةٌ في يَدِ الرَّاهِنِ كَالْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَّةِ وَمَالِ الْمُضَارَبَةِ وَالْبِضَاعَةِ وَالشَّرِكَةِ وَالْمُسْتَأْجَرِ وَنَحْوِهَا فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ أَصْلًا

وَأَمَّا الْعَيْنُ الْمَضْمُونَةُ فَنَوْعَانِ نَوْعٌ هو مَضْمُونٌ بِنَفْسِهِ وهو الذي يَجِبُ مِثْلُهُ عِنْدَ هَلَاكِهِ إنْ كان له مِثْلٌ وَقِيمَتُهُ إنْ لم يَكُنْ له مِثْلٌ كَالْمَغْصُوبِ في يَدِ الْغَاصِبِ وَالْمَهْرِ في يَدِ الزَّوْجِ وَبَدَلِ الْخُلْعِ في يَدِ الْمَرْأَةِ وَبَدَلِ الصُّلْحِ عن دَمِ الْعَمْدِ في يَدِ الْعَاقِلَةِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّهُ يَجُوزُ الرَّهْنُ بِهِ وَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْبِسَ الرَّهْنَ حتى يَسْتَرِدَّ الْعَيْنَ فَإِنْ هَلَكَ الْمَرْهُونُ في يَدِهِ قبل اسْتِرْدَادِ الْعَيْنِ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ يُقَالُ لِلرَّاهِنِ سَلِّمْ الْعَيْنَ إلَى الْمُرْتَهِنِ وَخُذْ منه الْأَقَلَّ من قِيمَةِ الرَّهْنِ وَمِنْ الدَّيْنِ لِأَنَّ الْمَرْهُونَ عِنْدَنَا مَضْمُونٌ بِذَلِكَ فإذا وَصَلَ إلَيْهِ الْعَيْنُ يَجِبُ عليه رَدُّ قَدْرِ الْمَضْمُونِ إلَى الرَّاهِنِ فَإِنْ هَلَكَتْ الْعَيْنُ وَالرَّهْنُ قَائِمٌ صَارَ الرَّهْنُ بها رَهْنًا بِقِيمَتِهَا حتى لو (((وهلك))) هلك الرَّهْنُ بَعْدَ ذلك يَهْلِكُ مَضْمُونًا بِالْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَقِيمَةِ الْعَيْنِ لِأَنَّ قِيمَةَ الْعَيْنِ بَدَلُهَا وَبَدَلُ الشَّيْءِ قَائِمٌ مَقَامَهُ كَأَنَّهُ هو
وَأَمَّا الذي هو مَضْمُونٌ بِغَيْرِهِ لَا بِنَفْسِهِ كَالْمَبِيعِ في يَدِ الْبَائِعِ ليس هو مَضْمُونًا بِنَفْسِهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو هَلَكَ في يَدِهِ لَا يَضْمَنُ شيئا بَلْ هو مَضْمُونٌ بغيره (((بغير))) وهو الثَّمَنِ حتى يَسْقُطَ الثَّمَنُ المشتري إذَا هَلَكَ فَهَلْ يَجُوزُ الرَّهْنُ بِهِ ذَكَرَ في كِتَابِ الصَّرْفِ أَنَّهُ يَجُوزُ وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حتى يَقْبِضَ الْمَبِيعَ وَإِنْ هَلَكَ في يَدِهِ قبل الْقَبْضِ يَهْلِكُ بِالْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ قِيمَةِ الْمَبِيعِ وَلَا يَصِيرُ قَابِضًا لِلْمَبِيعِ بِهَلَاكِهِ وَلَهُ أَنْ يَقْبِضَ الْمَبِيعَ إذَا أَوْفَى ثَمَنَهُ وَعَلَيْهِ أَيْضًا ضَمَانُ الْأَقَلِّ بِهَلَاكِ الرَّهْنِ وَلَوْ هَلَكَ الْمَبِيعُ قبل الْقَبْضِ وَالرَّهْنُ قَائِمٌ بَطَلَ الْبَيْعُ لِأَنَّ إهْلَاكَ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ يُوجِبُ بُطْلَانَ الْمَبِيعِ وَعَلَى الْمُشْتَرِي أَنْ يَرُدَّ الرَّهْنَ على الْبَائِعِ وَلَوْ هَلَكَ في يَدِهِ قبل الرَّدِّ هَلَكَ بِضَمَانِهِ وهو الْأَقَلُّ من قِيمَتِهِ وَمَنْ قِيمَةِ الْمَبِيعِ لِلْبَائِعِ وَلَا يَبْطُلُ ضَمَانُهُ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ وَبُطْلَانِ الْبَيْعِ لِأَنَّهُ

وَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فَقَدْ سَقَطَ الثَّمَنُ بِمُقَابَلَتِهِ فَكَانَ بُطْلَانُهُ بِعِوَضٍ فَلَا يَبْطُلُ ضَمَانُهُ
وَرَوَى الْحَسَنُ عن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الرَّهْنُ وَبِهِ أَخَذَ الْكَرْخِيُّ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْحَسَنِ أَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءِ الْمَرْهُونِ وَلَا يَتَحَقَّقُ مَعْنَى الِاسْتِيفَاءِ في الْمَضْمُونِ بِغَيْرِهِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا شيئا بِهَلَاكِ الرَّهْنِ إنَّمَا يَسْقُطُ عنه الثَّمَنُ لَا غَيْرُ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أن الِاسْتِيفَاءُ هَهُنَا يَحْصُلُ من حَيْثُ الْمَعْنَى لِأَنَّ الْمَبِيعَ قبل الْقَبْضِ إنْ لم يَكُنْ مَضْمُونًا بِالْقِيمَةِ فَهُوَ مَضْمُونٌ بِالثَّمَنِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو هَلَكَ يَسْقُطُ الثَّمَنُ عن الْمُشْتَرِي فَكَانَ سُقُوطُ الثَّمَنِ عنه كَالْعِوَضِ عن هَلَاكِ الْمَبِيعِ فَيَحْصُل مُسْتَوْفِيًا مَالِيَّةَ الْمَبِيعِ من الرَّهْنِ من حَيْثُ الْمَعْنَى فَكَانَ في مَعْنَى الْمَضْمُونِ بِنَفْسِهِ فَيَصِحُّ الرَّهْنُ بِهِ
وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً على دَرَاهِمَ بِعَيْنِهَا أو اشْتَرَى شيئا بِدَرَاهِمَ بِعَيْنِهَا فَأَعْطَى بها رَهْنًا لم يَجُزْ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ وَعِنْدَ زُفَرَ يَجُوزُ بِنَاءً على أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لَا تَتَعَيَّنُ في عُقُودِ الْمُعَاوَضَاتِ وَإِنْ عُيِّنَتْ فَكَانَ الْوَاجِبُ على الرَّاهِنِ مِثْلَهَا لَا عَيْنَهَا فلم يَكُنْ الْمُعَيَّنُ مَضْمُونًا فلم يَجُزْ الرَّهْنُ بِهِ وَعِنْدَهُ يُتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ بِمَنْزِلَةِ الْعِوَضِ فَكَانَ الْمُعَيَّنُ مَضْمُونًا فَجَازَ الرَّهْنُ بِهِ وَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ لِأَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ ليس بِمَضْمُونٍ على الْكَفِيلِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو هَلَكَ لَا يَجِبُ على الرَّاهِنِ شَيْءٌ وَلَا يَسْقُطُ عن الْمُرْتَهِنِ بِمُقَابَلَتِهِ وَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالشُّفْعَةِ لِأَنَّ الشُّفْعَةَ لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ على الْمُشْتَرِي بِدَلِيلِ أَنَّهُ لو هَلَكَ لَا يَجِبُ عليه شَيْءٌ وَلَا يَسْقُطُ عن الْمُرْتَهِنِ بِشَيْءٍ بِمُقَابَلَتِهِ فَكَانَ رَهْنًا بِمَا ليس بِمَضْمُونٍ فلم يَجُزْ
وَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِالْعَبْدِ الْجَانِي وَالْعَبْدِ الْمَدْيُونِ لِأَنَّهُ لو هَلَكَ لَا يَجِبُ على الْمَوْلَى شَيْءٌ وَلَا يَسْقُطُ عن الْمُرْتَهِنِ شَيْءٌ بِمُقَابَلَتِهِ فلم يَكُنْ مَضْمُونًا أَصْلًا فَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ بِهِ وَلَا يَجُوزُ الرَّهْنُ بِأُجْرَةِ النَّائِحَةِ وَالْمُغَنِّيَةِ بِأَنْ اسْتَأْجَرَ مُغَنِّيَةً أو نَائِحَةً وأعطاهما بِالْأُجْرَةِ رَهْنًا لِأَنَّ الْإِجَارَةَ لم تَصِحَّ فلم تَجِبْ الْأُجْرَةُ فَكَانَ رَهْنًا بِمَا ليس بِمَضْمُونٍ فلم يَجُزْ
وَلَوْ دَفَعَ إلَى رَجُلٍ رَهْنًا لِيُقْرِضَهُ فَهَلَكَ الرَّهْنُ قبل أَنْ يُقْرِضَهُ يَهْلِكُ مَضْمُونًا بِالْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِمَّا سَمَّى من الْقَرْضِ وَإِنْ حَصَلَ الِارْتِهَانُ بِمَا ليس بِمَضْمُونٍ لَكِنَّهُ في حُكْمِ الْمَضْمُونِ لِأَنَّهُ قَبَضَ الرَّهْنَ لِيُقْرِضَهُ فَكَانَ قَبْضُ الرَّهْنِ على جِهَةِ الضَّمَانِ وَالْمَقْبُوضُ على جِهَةِ شَيْءٍ كَالْمَقْبُوضِ على حَقِيقَتِهِ في الشَّرْعِ كَالْمَقْبُوضِ على سَوْمِ الشِّرَاءِ
وَأَمَّا صِفَةُ الْمَضْمُونِ فَنَوْعَانِ أَحَدُهُمَا مُتَّفَقٌ عليه
وَالثَّانِي مُخْتَلَفٌ فيه
أَمَّا الْمُتَّفَقُ عليه هو أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا في الْحَالِ فَلَا يَصِحُّ الرَّهْنُ بما (((مما))) يَصِيرُ مَضْمُونًا في الثَّانِي كَالرَّهْنِ بِالدَّرَكِ بِأَنْ بَاعَ شيئا وَقَبَضَ الثَّمَنَ وسلم الْمَبِيعَ إلَى الْمُشْتَرِي فَخَافَ الْمُشْتَرِي الِاسْتِحْقَاقَ فَأَخَذَ بِالثَّمَنِ من الْبَائِعِ رَهْنًا قبل الدَّرَكِ لَا يَجُوزُ حتى لَا يَمْلِكَ الْحَبْسَ سَوَاءٌ وُجِدَ الدَّرَكُ أو لم يُوجَدْ وَلَوْ هَلَكَ يَهْلِكُ أَمَانَةً سَوَاءٌ وُجِدَ الدَّرَكُ أو لم يُوجَدْ وَكَذَا إذا ارْتَهَنَ بِمَا يَثْبُتُ له على الرَّاهِنِ في الْمُسْتَقْبَلِ لَا يَجُوزُ بِخِلَافِ الْكَفَالَةِ فإن الْكَفَالَةَ بِمَا يَصِيرُ مَضْمُونًا في

الثَّانِي جَائِزَةٌ كما إذَا كَفَلَ بِمَا يَذُوبُ له على فُلَانٍ وَنَحْوُ ذلك لِأَنَّ الِارْتِهَانَ اسْتِيفَاءٌ من وَجْهٍ لِلْحَالِ وَلَا شَيْءَ لِلْحَالِ يُسْتَوْفَى
وَاسْتِيفَاءُ الْمَعْدُومِ مُحَالٌ بِخِلَافِ الْكَفَالَةِ
وَلِأَنَّ الرَّهْنَ وَالِارْتِهَانَ لَمَّا كان من بَابِ الْإِيفَاءِ وَالِاسْتِيفَاءُ أَشْبَهَ الْبَيْعَ فَلَا يَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ إلَى الْمُسْتَقْبَلِ كَالْبَيْعِ وَلِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى جَوَازَهُمَا جميعا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَدْعِي مَضْمُونًا إلَّا أَنَّ الْجَوَازَ في الْكَفَالَةِ لِتَعَامُلِ الناس وَلَا تَعَامُلَ في الرَّهْنِ فَيَبْقَى الْأَمْرُ فيه على أَصْلِ الْقِيَاسِ وَبِخِلَافِ ما إذَا دَفَعَ إلَى إنْسَانٍ رَهْنًا لِيُقْرِضَهُ أَنَّ الرَّهْنَ يَكُونُ مَضْمُونًا وَإِنْ كان ذلك رَهْنًا بِمَا ليس بِمَضْمُونٍ في الْحَالِ لِأَنَّ له حُكْمَ الْمَضْمُونِ وَإِنْ لم يَكُنْ مَضْمُونًا حَقِيقَةً لِوُجُودِ الْقَبْضِ على جِهَةِ الضَّمَانِ وَالْمَقْبُوضُ على جِهَةِ شَيْءٍ بِمَنْزِلَةِ الْمَقْبُوضِ على حَقِيقَةٍ كَالْمَقْبُوضِ على سَوْمِ الشِّرَاءِ ولم يُوجَدْ هُنَا
وَلَوْ قال لِآخَرَ ضَمِنْتُ لَك مَالَكَ على فُلَانٍ إذَا حَلَّ يَجُوزُ أَخْذُ الْكَفِيلِ والرهن (((الرهن))) بِهِ
وَلَوْ قال إذَا قَدِمَ فُلَانٌ فَأَنَا ضَامِنٌ مَالَكَ عليه لم يَجُزْ أَخْذُ الرَّهْنِ بِهِ وَيَجُوزُ أَخْذُ الْكَفِيلِ
وَالْفَرْقُ أَنَّ في الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى الْكَفَالَةَ وَالرَّهْنَ كُلُّ وَاحِدٍ منهما أُضِيفَ إلَى مَضْمُونٍ في الْحَالِ لِأَنَّ الدَّيْنَ الْمُؤَجَّلَ وَاجِبٌ قبل حُلُولِ الْأَجَلِ على طَرِيقِ التَّوَسُّعِ وَإِنَّمَا تَأْثِيرُ التَّأْجِيلِ في تَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ بِخِلَافِ الرَّهْنِ بِضَمَانِ الدَّرَكِ لِأَنَّهُ لَا مَضْمُونَ هُنَالِكَ لِلْحَالِ وَلَا مَالِه حُكْمُ الْمَضْمُونِ بِخِلَافِ ما إذَا قال إذَا قَدِمَ فُلَانٌ فَأَنَا ضَامِنٌ مَالَكَ عليه لِأَنَّ ذلك تَعْلِيقُ الضَّمَانِ بِقُدُومِ فُلَانٍ فَكَانَ عَدَمًا قبل وُجُودِ الشَّرْطِ فلم تُوجَدْ الْإِضَافَةُ إلَى مَضْمُونٍ لِلْحَالِ فَبَطَلَ الرَّهْنُ وَصَحَّتْ الْكَفَالَةُ لِأَنَّهَا لَا تَسْتَدْعِي مَضْمُونًا في الْحَالِ بَلْ في الْجُمْلَةِ على ما مَرَّ
وَأَمَّا الْمُخْتَلَفُ فيه فَهُوَ أَنَّ الشَّرْطَ كَوْنُهُ مَضْمُونًا ظَاهِرًا وباطنا أو كَوْنُهُ مَضْمُونًا من حَيْثُ الظَّاهِرُ يَكْفِي لِجَوَازِ الرَّهْنِ
ذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْجَامِعِ ما يَدُلُّ على أَنَّ كَوْنَهُ مَضْمُونًا في الظَّاهِرِ كَافٍ وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مَضْمُونًا حَقِيقَةً فإنه قال إذَا ادَّعَى على رَجُلٍ أَلْفًا وَهِيَ قَرْضٌ عليه فَجَحَدَهَا الْمُدَّعَى عليه ثُمَّ إنَّهُ صَالَحَ المدعي من ذلك على خَمْسِمِائَةٍ وَأَعْطَاهُ بها رَهْنًا يُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ ثُمَّ تَصَادَقَا على أَنَّ ذلك الْمَالَ كان بَاطِلًا وإنه لم يَكُنْ لِلْمُدَّعَى عليه شيء (((بشيء))) ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِهِ كان على الْمُرْتَهِنِ أَنْ يَرُدَّ على الرَّاهِنِ خَمْسَمِائَةٍ لِأَنَّ الدَّيْنَ كان ثَابِتًا على الرَّاهِنِ من حَيْثُ الظَّاهِرُ
أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لو اخْتَصَمَا إلَى الْقَاضِي قبل أَنْ يَتَصَادَقَا أَنَّ الْقَاضِيَ يُجْبِرُ الْمُدَّعَى عليه على إيفَاءِ الْخَمْسِمِائَةِ فَكَانَ هذا رَهْنًا بِمَا هو مَضْمُونٌ ظاهرا فَيَصِحُّ
يَدُلُّ عليه أَنَّ الرَّهْنَ بِجِهَةِ الضَّمَانِ جَائِزٌ على ما ذكرنا فَلَأَنْ يَجُوزَ بِالضَّمَانِ الثَّابِتِ من حَيْثُ الظَّاهِرُ أَوْلَى
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ شيئا لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَصَادَقَا على أَنَّهُ لم يَكُنْ عليه شَيْءٌ تَبَيَّنَ أَنَّ الرَّهْنَ حَصَلَ بِمَا ليس بِمَضْمُونٍ أَصْلًا فلم يَصِحَّ وَكَذَا ذَكَرَ في الْجَامِعِ إذَا اشْتَرَى من رَجُلٍ عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَقَبَضَ الْعَبْدَ وَأَعْطَاهُ بِالْأَلْفِ رَهْنًا يُسَاوِي أَلْفًا فَهَلَكَ الرَّهْنُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ ثُمَّ قَامَتْ الْبَيِّنَةُ على أَنَّ الْعَبْدَ حُرٌّ أو اُسْتُحِقَّ الْعَبْدُ من يَدِهِ يَهْلِكُ مَضْمُونًا لِأَنَّ الْأَلْفَ كانت مَضْمُونَةً على الرَّاهِنِ

ظَاهِرًا فَقَدْ حَصَلَ الِارْتِهَانُ بِدَيْنٍ مَضْمُونٍ عليه من حَيْثُ الظَّاهِرُ فَجَازَ وَكَذَا لو اشْتَرَى شَاةً مَذْبُوحَةً بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ أو اشْتَرَى دَنًّا من خَلٍّ وأعطاه بِالثَّمَنِ رَهْنًا فَهَلَكَ الرَّهْنُ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّ الشَّاةَ مَيْتَةٌ وَالْخَلَّ خَمْرٌ فَالرَّهْنُ مَضْمُونٌ لِمَا قُلْنَا وَكَذَا لو قَتَلَ عَبْدَ إنْسَانٍ خَطَأً وَأَعْطَاهُ بِقِيمَتِهِ رَهْنًا ثُمَّ عَلِمَ أَنَّ الْعَبْدَ حُرٌّ كان الْمَرْهُونُ مَضْمُونًا بِالْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ قِيمَةِ الْعَبْدِ لِمَا ذَكَرْنَا

وَعَلَى قِيَاسِ ما رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنَ في هذه الْمَسَائِلِ أَيْضًا لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الِارْتِهَانَ حَصَلَ بِمَا ليس بِمَضْمُونٍ حَقِيقَةً فلم يَصِحَّ

وَلَوْ ادَّعَى الْمُسْتَوْدَعُ أو الْمُضَارِبُ هَلَاكَ الْوَدِيعَةِ أو الْمُضَارَبَةِ وَادَّعَى رَبُّ الْمَالِ عَلَيْهِمَا الِاسْتِهْلَاكَ وَتَصَالَحَا على مَالٍ وَأَخَذَ رَبُّ الْمَالِ بِالْمَالِ رَهْنًا من الْمُسْتَوْدَعِ فَهَلَكَ عِنْدَهُ ثُمَّ تَصَادَقَا على أَنَّ الْوَدِيعَةَ هَلَكَتْ عِنْدَهُ يَضْمَنُ الْمُرْتَهِنُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يَضْمَنُ وَهَذَا الِاخْتِلَافُ بِنَاءً على اخْتِلَافِهِمَا في صِحَّةِ الصُّلْحِ فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَمَّا صَحَّ الصُّلْحُ كان رَهْنًا بِمَضْمُونٍ من حَيْثُ الظَّاهِرُ فَيَصِحُّ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَمَّا لم يَصِحَّ فَقَدْ حَصَلَ الرَّهْنُ بِمَا ليس بِمَضْمُونٍ حَقِيقَةً فلم يَصِحَّ وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مُحْتَمَلًا لِلِاسْتِيفَاءِ من الرَّهْنِ فَإِنْ لم يَحْتَمِلْ لم يَصِحَّ الرَّهْنُ بِهِ لِأَنَّ الِارْتِهَانَ اسْتِيفَاءٌ

وَعَلَى هذا يَخْرُجُ الرَّهْنُ بِالْقِصَاصِ في النَّفْسِ وما دُونَهَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ من الرَّهْنِ وَيَجُوزُ الرَّهْنُ بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ لِأَنَّ استيفاءه (((الاستيفاء))) من الرَّهْنِ مُمْكِنٌ فَصَحَّ الرَّهْنُ بِهِ

وَعَلَى هذا أَيْضًا يَخْرُجُ الرَّهْنُ بِالشُّفْعَةِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ لَا يَحْتَمِلُ الِاسْتِيفَاءَ من الرَّهْنِ فلم يَصِحَّ الرَّهْنُ بِهِ

وَعَلَى هذا

أَيْضًا يَخْرُجُ الرَّهْنُ بِالْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ فإنه لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْمَكْفُولَ بِهِ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الِاسْتِيفَاءَ من الرَّهْنِ

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الرَّهْنِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الرَّهْنُ نَوْعَانِ صَحِيحٌ وَفَاسِدٌ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَهُ أَحْكَامٌ بَعْضُهَا يَتَعَلَّقُ بِحَالِ قِيَامِ الْمَرْهُونِ وَبَعْضُهَا يَتَعَلَّقُ بِحَالِ هَلَاكِهِ أَمَّا الذي يَتَعَلَّقُ بِحَالِ قِيَامِهِ فَعِنْدَنَا ثَلَاثَةٌ

الْأَوَّلُ مِلْكُ حَبْسِ الْمَرْهُونِ على سَبِيلِ الدَّوَامِ إلَى وَقْتِ الْفِكَاكِ أو مِلْكِ الْعَيْنِ في حَقِّ الْحَبْسِ على سَبِيلِ الدَّوَامِ إلَى وَقْتِ الْفِكَاكِ وَكَوْنُ الْمُرْتَهِنِ أَحَقَّ بِحَبْسِ الْمَرْهُونِ على سَبِيلِ اللُّزُومِ إلَى وَقْتِ الْفِكَاكِ وَالْعِبَارَاتُ مُتَّفِقَةُ الْمَعَانِي في مُتَعَارَفِ الْفُقَهَاءِ

وَالثَّانِي اخْتِصَاصُ الْمُرْتَهِنِ بِبَيْعِ الْمَرْهُونِ أو اخْتِصَاصُهُ بِثَمَنِهِ وَهَذَانِ الْحُكْمَانِ أَصْلِيَّانِ لِلرَّهْنِ عِنْدَنَا

وَالثَّالِثُ وُجُوبُ تَسْلِيمِ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الِافْتِكَاكِ وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الْحُكْمُ الْأَصْلِيُّ لِلرَّهْنِ وَاحِدٌ وهو كَوْنُ الْمُرْتَهِنِ أَحَقَّ بِبَيْعِ الْمَرْهُونِ وَأَخَصَّ بِثَمَنِهِ من بَيْنِ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ

فَأَمَّا حَقُّ حَبْسِ الْمَرْهُونِ فَلَيْسَ بِحُكْمٍ لَازِمٍ حتى إن الْمَرْهُونَ إنْ كان شيئا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ بِدُونِ اسْتِهْلَاكِهِ كان لِلرَّاهِنِ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ من يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَيَنْتَفِعُ بِهِ فإذا فَرَغَ من الِانْتِفَاعِ رَدَّهُ إلَيْهِ وَإِنْ كان شيئا لَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ إلا

بِاسْتِهْلَاكِهِ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ فَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ من يَدِهِ
احْتَجَّ بِمَا روى عن رسول اللَّهِ أَنَّهُ قال لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ هو لِصَاحِبِهِ الذي رَهَنَهُ له غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ
أَخْبَرَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّ الرَّهْنَ لَا يَغْلَقُ أَيْ لَا يُحْبَسُ وَعِنْدَكُمْ يُحْبَسُ فَكَانَ حُجَّةً عَلَيْكُمْ وَكَذَا أَضَافَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الرَّهْنَ إلَى الرَّاهِنِ بلام التَّمْلِيكِ وَسَمَّاهُ صَاحِبًا له على الْإِطْلَاقِ فَيَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ هو الْمَالِكُ لِلرَّهْنِ مُطْلَقًا رَقَبَةً وَانْتِفَاعًا وَحَبْسًا وَلِأَنَّ الرَّهْنَ شُرِعَ تَوْثِيقًا لِلدَّيْنِ وَمِلْكُ الْحَبْسِ على سَبِيلِ الدَّوَامِ يُضَادُّ مَعْنَى الْوَثِيقَةِ لِأَنَّهُ يَكُونُ في يَدِهِ دَائِمًا وَعَسَى يَهْلِكُ فَيَسْقُطُ الدَّيْنُ فَكَانَ تَوْهِينًا لِلدَّيْنِ لَا تَوْثِيقًا له وَلِأَنَّ فِيمَا قُلْتُمْ تَعْطِيلُ الْعَيْنِ الْمُنْتَفِعِ بها في نَفْسِهَا من الِانْتِفَاعِ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ لَا يَجُوزُ له الِانْتِفَاعُ بِالرَّهْنِ أَصْلًا وَالرَّاهِنُ لَا يَمْلِكُ الِانْتِفَاعَ بِهِ عِنْدَكُمْ فَكَانَ تَعْطِيلًا وَالتَّعْطِيلُ تَسْيِيبٌ وَأَنَّهُ من أَعْمَالِ الْجَاهِلِيَّةِ وقد نَفَاهُ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى بِقَوْلِهِ { ما جَعَلَ اللَّهُ من بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ }
وَلَنَا قَوْله تَعَالَى { وَإِنْ كُنْتُمْ على سَفَرٍ ولم تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ }
أَخْبَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِكَوْنِ الرَّهْنِ مَقْبُوضًا وَإِخْبَارُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى لَا يَحْتَمِلُ الْخَلَلَ فَاقْتَضَى أَنْ يَكُونَ الْمَرْهُونُ مَقْبُوضًا ما دَامَ مَرْهُونًا وَلَوْ لم يَثْبُتْ مِلْكُ الْحَبْسِ على الدَّوَامِ لم يَكُنْ مَحْبُوسًا على الدَّوَامِ فلم يَكُنْ مرهونا ولأن الرهن في اللغة عبارة عن الحبس قال الله عز وجل { كل امرئ بما كسب رهين } أي حبيس فيقتضي أن يكون المرهون محبوسا ما دام مَرْهُونًا وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا سَمَّى الْعَيْنَ التي وَرَدَ الْعَقْدُ عليها رَهْنًا وَأَنَّهُ ينبىء عن الْحَبْسِ لُغَةً كان ما دَلَّ عليه اللَّفْظُ لُغَةً حُكْمًا له شَرْعًا لِأَنَّ لِلْأَسْمَاءِ الشَّرْعِيَّةِ دَلَالَاتٍ على أَحْكَامِهَا كَلَفْظِ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْحَوَالَةِ وَالْكَفَالَةِ وَنَحْوِهَا وَلِأَنَّ الرَّهْنَ شُرِعَ وَثِيقَةً بِالدَّيْنِ فَيَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ ما يَقَعُ بِهِ التَّوْثِيقُ لِلدَّيْنِ كَالْكَفَالَةِ وَإِنَّمَا يَحْصُلُ التَّوْثِيقُ إذَا كان يَمْلِكُ حَبْسَهُ على الدَّوَامِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُهُ عن الِانْتِفَاعِ فَيَحْمِلُهُ ذلك علي قَضَاءِ الدَّيْنِ في أَسْرَعِ الْأَوْقَاتِ وَكَذَا يَقَعُ الأمن عن تَوَاءِ حَقِّهِ بِالْجُحُودِ وَالْإِنْكَارِ على ما عُرِفَ وَلَا حُجَّةَ له في الحديث لِأَنَّ مَعْنَى قَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ أَيْ لَا يُمْلَكُ بِالدَّيْنِ
كَذَا قَالَهُ أَهْلُ اللُّغَةِ غَلِقَ الرَّهْنُ أَيْ مُلِكَ بِالدَّيْنِ وَهَذَا كان حُكْمًا جَاهِلِيًّا فَرَدَّهُ رسول اللَّهِ
وَقَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ هو لِصَاحِبِهِ الذي رَهَنَهُ تَفْسِيرٌ لِقَوْلِهِ لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ
وَقَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ له غُنْمُهُ أَيْ زَوَائِدُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ أَيْ نَفَقَتُهُ وَكَنَفُهُ
وَقَوْلُهُ إنَّ ما شُرِعَ له الرَّهْنُ لَا يَحْصُلُ بِمَا قُلْتُمْ لِأَنَّهُ يتوي حَقُّهُ بِهَلَاكِ الرَّهْنِ قُلْنَا على أَحَدِ الطَّرِيقَيْنِ لَا يتوي بَلْ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا وَالِاسْتِيفَاءُ ليس بِهَلَاكِ الدَّيْنِ
وَأَمَّا على الطَّرِيقِ الْآخَرِ فَالْهَلَاكُ ليس بِغَالِبٍ بَلْ قد يَكُونُ وقد لَا يَكُونُ وإذا هَلَكَ فَالْهَلَاكُ ليس يُضَافُ إلَى حُكْمِ الرَّهْنِ لِأَنَّ حُكْمَهُ مِلْكُ الْحَبْسِ لَا نَفْسُ الْحَبْسِ
وَقَوْلُهُ فيه تَسْيِيبٌ مَمْنُوعٌ فإن بِعَقْدِ الرَّهْنِ مع التَّسْلِيمِ يَصِيرُ الرَّاهِنُ مُوفِيًا دينا (((دينه))) في حَقِّ الْحَبْسِ وَالْمُرْتَهِنُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا في حَقِّ الْحَبْسِ وَالْإِيفَاءُ وَالِاسْتِيفَاءُ من مَنَافِعِ الرَّهْنِ وإذا عُرِفَ حُكْمُ الرَّهْنِ في حَالِ قِيَامِهِ فَيَخْرُجُ عليه الْمَسَائِلُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِهِ
أَمَّا على الْحُكْمِ الْأَوَّلِ وهو مِلْكُ الْحَبْسِ فَالْمَسَائِلُ الْمُتَعَلِّقَةُ بهذا الْحُكْمِ بَعْضُهَا يَتَعَلَّقُ بِنَفْسِ الْحُكْمِ وَبَعْضُهَا يَتَعَلَّقُ بِكَيْفِيَّتِهِ

أَمَّا الذي يَتَعَلَّقُ بِنَفْسِ الْحُكْمِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ

ليس لِلرَّاهِنِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالْمَرْهُونِ اسْتِخْدَامًا وَرُكُوبًا وَلُبْسًا وَسُكْنَى وَغَيْرَ ذلك لِأَنَّ حَقَّ الْحَبْسِ ثَابِتٌ لِلْمُرْتَهِنِ على سَبِيلِ الدَّوَامِ وَهَذَا يَمْنَعُ الِاسْتِرْدَادَ وَالِانْتِفَاعَ وَلَيْسَ له أَنْ يَبِيعَهُ من غَيْرُ الْمُرْتَهِنِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لِمَا فيه من إبْطَالِ حَقِّهِ من غَيْرِ رِضَاهُ وَلَوْ بَاعَهُ تَوَقَّفَ نَفَاذُ الْبَيْعِ على إجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ إنْ أَجَازَ جَازَ لِأَنَّ عَدَمَ النَّفَاذِ لِمَكَانِ حَقِّهِ فإذا رضي بِبُطْلَانِ حَقِّهِ زَالَ الْمَانِعُ فَنَفَذَ وكان الثَّمَنُ رَهْنًا سَوَاءٌ شَرَطَ الْمُرْتَهِنُ عِنْدَ الْإِجَازَةِ كَوْنَهُ رَهْنًا أو لَا في جَوَابِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَكُونُ رَهْنًا إلَّا بِالشَّرْطِ لِأَنَّ الثَّمَنَ ليس بِمَرْهُونٍ حَقِيقَةً بَلْ الْمَرْهُونُ هو الْمَبِيعُ وقد زَالَ حَقُّهُ عنه بِالْبَيْعِ إلَّا أَنَّهُ إذَا شُرِطَ عِنْدَ الْإِجَازَةِ أَنْ يَكُونَ مَرْهُونًا فلم يَرْضَ بِزَوَالِ حَقِّهِ عنه إلَّا بِبَدَلٍ وإذا لم يُوجَدْ الشَّرْطُ زَالَ حَقُّهُ أَصْلًا

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الثَّمَنَ بَدَلُ الْمَرْهُونِ فَيَقُومُ مَقَامَهُ

وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ ما زَالَ حَقُّهُ بِالْبَيْعِ لِأَنَّهُ زَالَ إلَى خَلْفٍ وَالزَّائِلُ إلَى خَلْفٍ قَائِمٌ مَعْنًى فَيُقَامُ الْخَلْفُ مَقَامَ الْأَصْلِ وَسَوَاءٌ قَبَضَ الثَّمَنَ من الْمُشْتَرِي أو لم يَقْبِضْهُ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ ما كان مَقْبُوضًا وَإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ لِمَا قُلْنَا وَلَيْسَ له أَنْ يَهَبَهُ من غَيْرِهِ أو يَتَصَدَّقَ بِهِ على غَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَوْ فَعَلَ تَوَقَّفَ على إجَازَةِ الْمُرْتَهِنِ إنْ رَدَّهُ بَطَلَ وَلَهُ أَنْ يُعِيدَهُ رَهْنًا وَإِنْ أَجَازَهُ جَازَتْ الْإِجَازَةُ لِمَا قُلْنَا وَبَطَلَ عَقْدُ الرَّهْنِ لِأَنَّهُ زَالَ عن مِلْكِهِ لَا إلَى حلف (((خلف))) بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَلَيْسَ له أَنْ يُؤَاجِرَهُ من أَجْنَبِيٍّ بِغَيْرِ إذْنِ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ قِيَامَ مِلْكِ الْحَبْسِ له يَمْنَعُ الْإِجَارَةَ وَلِأَنَّ الْإِجَارَةَ بِعَقْدِ الِانْتِفَاعِ وهو لَا يَمْلِكُ الِانْتِفَاعَ بِهِ بِنَفْسِهِ فَكَيْف يَمْلِكُهُ غَيْرُهُ وَلَوْ فَعَلَ وَقَفَ على إجَازَتِهِ فَإِنْ رَدَّهُ بَطَلَ وَإِنْ أَجَازَ جَازَتْ الْإِجَارَةُ لِمَا قُلْنَا وَبَطَلَ عَقْدُ الرَّهْنِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ إذَا جَازَتْ وإنها عَقْدٌ لَازِمٌ لَا يَبْقَى الرَّهْنُ ضَرُورَةً وَالْأُجْرَةُ لِلرَّاهِنِ لِأَنَّهَا بَدَلُ مَنْفَعَةٍ مَمْلُوكَةٍ له وَوِلَايَةُ قَبْضِ الْأُجْرَةِ له أَيْضًا لِأَنَّهُ هو الْعَاقِدُ وَلَا تَكُونُ الْأُجْرَةُ رَهْنًا لِأَنَّ الْأُجْرَةَ بَدَلُ الْمَنْفَعَةِ وَالْمَنْفَعَةُ لَيْسَتْ بِمَرْهُونَةٍ فَلَا يَكُونُ بَدَلُهَا مَرْهُونًا

فَأَمَّا الثَّمَنُ في بَابِ الْبَيْعِ فَبَدَلُ الْمَبِيعِ وَأَنَّهُ مَرْهُونٌ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ بَدَلُهُ مَرْهُونًا وَكَذَلِكَ لو آجَرَهُ من الْمُرْتَهِنِ صَحَّتْ الْإِجَارَةُ وَبَطَلَ الرَّهْنُ إذَا جَدَّدَ الْمُرْتَهِنُ الْقَبْضَ لِلْإِجَارَةِ

أَمَّا صِحَّةُ الْإِجَارَةِ وَبُطْلَانُ الرَّهْنِ فَلِمَا ذَكَرْنَا وَأَمَّا الْحَاجَةُ إلَى تَجْدِيدِ الْقَبْضِ فَلِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ دُونَ قَبْضِ الْإِجَارَةِ فَلَا يَنُوبُ عنه

وَلَوْ هَلَكَ في يَدِهِ قبل انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ أو بَعْدَ انْقِضَائِهَا يَهْلِكُ أَمَانَةً إنْ لم يُوجَدْ مَنْعٌ من الرَّاهِنِ وَإِنْ مَنَعَهُ الرَّاهِنُ ثُمَّ هَلَكَ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ضَمِنَ كُلَّ قِيمَتِهِ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا بِالْمَنْعِ وَلَيْسَ له أَنْ يُعِيرَهُ من أَجْنَبِيٍّ بِغَيْرِ إذْنِ الْمُرْتَهِنِ لِمَا ذَكَرْنَا فَلَوْ أَعَارَ وسلم فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يُبْطِلَ الْإِعَارَةَ وَيُعِيدَهُ رَهْنًا وَإِنْ أَجَازَ جَازَ وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ وَلَكِنْ يَبْطُلُ ضَمَانُهُ وَكَذَا إذَا أَعَارَهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ بِخِلَافِ ما إذَا آجَرَهُ فَأَجَازَ المترهن (((المرتهن))) أو آجَرَهُ بِإِذْنِهِ أَنَّهُ يَبْطُلُ الرَّهْنُ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ لَازِمٌ أَلَا تَرَى أَنَّ أَحَدَ الْعَاقِدَيْنِ لَا يَنْفَرِدُ

بِالْفَسْخِ من غَيْرِ عُذْرٍ فَكَانَ من ضَرُورَةِ جَوَازِهَا بُطْلَانُ الرَّهْنِ
فَأَمَّا الْإِعَارَةُ فَلَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ لِأَنَّ لِلْمُعِيرِ وِلَايَةَ الِاسْتِرْدَادِ في أَيِّ وَقْتٍ شَاءَ فَجَوَازُهَا لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ عَقْدِ الرَّهْنِ إلَّا أَنَّهُ يَبْطُلُ ضَمَانَ الرَّهْنِ لِمَا نَذْكُرُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَكَذَا ليس لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالْمَرْهُونِ حتى لو كان الرهن (((الراهن))) عَبْدًا ليس له أَنْ يَسْتَخْدِمَهُ وَإِنْ كان دَابَّةً ليس له أَنْ يَرْكَبَهَا وَإِنْ كان ثَوْبًا ليس له أَنْ يَلْبَسَهُ وَإِنْ كان دَارًا ليس له أَنْ يَسْكُنَهَا وَإِنْ كان مُصْحَفًا ليس له أَنْ يَقْرَأَ فيه لِأَنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ يُفِيدُ مِلْكَ الْحَبْسِ لَا مِلْكَ الِانْتِفَاعِ
فَإِنْ انْتَفَعَ بِهِ فَهَلَكَ في حَالِ الِاسْتِعْمَالِ يَضْمَنُ كُلَّ قِيمَتِهِ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا
وَلَيْسَ له أَنْ يَبِيعَ الرَّهْنَ بِغَيْرِ إذْنِ الرَّاهِنِ لِأَنَّ الثَّابِتَ له لَيس إلَّا مِلْكُ الْحَبْسِ فَأَمَّا مِلْكُ الْعَيْنِ فَلِلرَّاهِنِ وَالْبَيْعُ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ فَلَا يَمْلِكُهُ الْمُرْتَهِنُ من غَيْرِ إذْنِ الرَّاهِنِ وَلَوْ بَاعَ من غَيْرِ إذْنِهِ وَقَفَ على إجَازَتِهِ فَإِنْ أَجَازَهُ جَازَ وكان الثَّمَنُ رَهْنًا
وَكَذَا إذَا بَاعَ بِإِذْنِهِ جَازَ وكان ثَمَنُهُ رَهْنًا سَوَاءٌ قَبَضَهُ من الْمُشْتَرِي أو لم يَقْبِضْهُ وَلَوْ هَلَكَ كان الْهَلَاكُ على الْمُرْتَهِنِ وَهَذَا يُشْكِلُ على الشَّرْطِ الذي ذَكَرْنَا لِجَوَازِ الرَّهْنِ وهو أَنْ لَا يَكُونَ الْمَرْهُونُ دَيْنًا وَالثَّمَنُ دَيْنًا في ذِمَّةِ الْمُشْتَرِي فَكَيْفَ يَصْلُحُ رَهْنًا
وَالْجَوَابُ أَنَّ الدَّيْنَ يَصْلُحُ رَهْنًا في حَالِ الْبَقَاءِ وَإِنْ كان لَا يَصْلُحُ ابْتِدَاءً لِأَنَّهُ في حَالَةِ الْبَقَاءِ بَدَلُ الْمَرْهُونِ وَبَدَلُ الْمَرْهُونِ مَرْهُونٌ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الْمَرْهُونِ كَأَنَّهُ هو بِخِلَافِ حَالَةِ الِابْتِدَاءِ وَإِنْ رَدَّ بَطَلَ وَعَادَ الْمَبِيعُ رَهْنًا كما كان وَلَوْ هَلَكَ في يَدِ الْمُشْتَرِي قبل الْإِجَازَةِ لم (((فلم))) يجز (((تجز))) الْإِجَازَةُ لِأَنَّ قِيَامَ الْمَعْقُودِ عليه شَرْطُ صِحَّةِ الْإِجَازَةِ وَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ

الْمُشْتَرِيَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَارَ غَاصِبًا لِلْمُرْتَهِنِ بِالتَّسْلِيمِ وَالْمُشْتَرِي بِالْقَبْضِ فَإِنْ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ جَازَ الْبَيْعُ وَالثَّمَنُ لِلْمُرْتَهِنِ وكان الضَّمَانُ رَهْنًا لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَجَازَ وكان الثَّمَنُ له لِأَنَّهُ بَدَلُ مِلْكِهِ وَالضَّمَانُ يَكُونُ رَهْنًا لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَرْهُونِ فَيَكُونُ مَرْهُونًا
وَقِيلَ إنَّمَا يَجُوزُ الْبَيْعُ بِتَضْمِينِ الْمُرْتَهِنِ إذَا سَلَّمَ الرَّهْنَ إلَى الْمُشْتَرِي أَوَّلًا ثُمَّ بَاعَهُ منه فَأَمَّا إذَا بَاعَهُ ثُمَّ سَلَّمَهُ فإنه لَا يَجُوزُ لِأَنَّ سَبَبَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ هو التَّسْلِيمُ لِأَنَّهُ سَبَبُ وُجُوبِ الضَّمَانِ وَمِلْكُ الْمَضْمُونِ بِمِلْكِ الضَّمَانِ وَالتَّسْلِيمُ وُجِدَ بَعْدَ الْبَيْعِ فَلَا يَجُوزُ الْبَيْعُ كما إذَا بَاعَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ منه أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ كَذَا هذا وَلَيْسَ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ هذا التَّفْصِيلُ
وَلَوْ ضَمَّنَ الْمُشْتَرِيَ بَطَلَ الْبَيْعُ لِأَنَّ بِتَضْمِينِ الْمُشْتَرِي لم يَتَبَيَّنْ أَنَّ الْمُرْتَهِنَ بَاعَ مَالَ نَفْسِهِ وَالضَّمَانُ يَكُونُ رَهْنًا لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَرْهُونِ وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي على الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ لِأَنَّ الْبَيْعَ لم يَصِحَّ وَلَيْسَ له أَنْ يَرْجِعَ بِالضَّمَانِ عليه وَلَيْسَ له أَنْ يَهَبَهُ أو يَتَصَدَّقَ بِهِ بِغَيْرِ إذْنِ الرَّاهِنِ لِأَنَّ الْهِبَةَ وَالتَّصَدُّقَ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ وَالثَّابِتُ لِلْمُرْتَهِنِ مِلْكُ الْحَبْسِ لَا مِلْكُ الْعَيْنِ فَلَا يَمْلِكُهَا كما لَا يَمْلِكُ الْبَيْعَ فَإِنْ فَعَلَ وَقَفَ على إجَازَةِ الرَّاهِنِ إنْ أَجَازَ جَازَ وَبَطَلَ الرَّهْنُ وَإِنْ رَدَّ عَادَ رَهْنًا كما كان

وَلَوْ هَلَكَ في يَدِ الْمَوْهُوبِ له أو الْمُتَصَدَّقِ عليه قبل الْإِجَازَةِ فَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمَوْهُوبَ له وَالْمُتَصَدَّقَ عليه لِمَا ذَكَرْنَا وَأَيُّهُمَا ضَمَّنَ لَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على صَاحِبِهِ

أَمَّا الْمُرْتَهِنُ فَلَا شَكَّ فيه لِأَنَّهُ مَلَكَ الْمَرْهُونَ بِالضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ وَهَبَ أو تَصَدَّقَ بِمِلْكِ نَفْسِهِ

وَأَمَّا الْمَوْهُوبُ له وَالْمُتَصَدَّقُ عليه فَلِأَنَّ الرُّجُوعَ بِالضَّمَانِ بِحُكْمِ الضَّرَرِ وَأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ في الْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَلَيْسَ له أَنْ يُؤَاجِرَهُ من غَيْرِ الرَّاهِنِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ وَالثَّابِتُ له مِلْكُ الْحَبْسِ لَا مِلْكُ الْمَنْفَعَةِ فَكَيْفَ يمكلها (((يملكها))) من غَيْرِهِ فَإِنْ فَعَلَ وَقَفَ على إجَازَةِ الرَّاهِنِ فَإِنْ أَجَازَ جَازَ وَبَطَلَ الرَّهْنُ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ وَكَانَتْ الْأُجْرَةُ لِلرَّاهِنِ وَلَا تَكُونُ رَهْنًا لِمَا مَرَّ وَوِلَايَةُ قَبْضِهَا لِلْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ الْقَبْضَ من حُقُوقِ الْعَقْدِ وَالْعَاقِدُ هو الْمُرْتَهِنُ وَلَا يَعُودُ رَهْنًا إذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ لِأَنَّ الْعَقْدَ قد بَطَلَ فَلَا يَعُودُ إلَّا بِالِاسْتِئْنَافِ وَإِنْ رَدَّ بَطَلَ وَأَعَادَهُ رَهْنًا كما كان

وَلَوْ أَجَرَهُ بِغَيْرِ إذْنِ الرَّاهِنِ وَسَلَّمَهُ إلَى الْمُسْتَأْجِرِ فَهَلَكَ في يَدِهِ فَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ قِيمَتَهُ وَقْتَ التَّسْلِيمِ إلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجِرَ لوجوب (((لوجود))) سَبَبِ وُجُوبِ الضَّمَانِ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وهو التَّسْلِيمُ وَالْقَبْضُ غير أَنَّهُ إنْ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ لَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الْمُسْتَأْجِرِ لَكِنَّهُ يَرْجِعُ عليه بِأُجْرَةِ قَدْرِ الْمُسْتَوْفَى من الْمَنَافِعِ إلَى وَقْتِ الْهَلَاكِ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ آجَرَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَصَحَّ وَكَانَتْ الْأُجْرَةُ له لِأَنَّهَا بَدَلُ مَنْفَعَةٍ مَمْلُوكَةٍ له إلَّا أنها لَا تَطِيبُ له وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجِرَ فَالْمُسْتَأْجِرُ يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ على الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّهُ صَارَ مَغْرُورًا من جِهَتِهِ فَيَرْجِعُ عليه بِضَمَانِ الْغُرُورِ وهو ضَمَانُ الْكَفَالَةِ وَلَا أُجْرَةَ عليه لِأَنَّ الْأُجْرَةَ وَالضَّمَانَ لَا يَجْتَمِعَانِ

وَلَوْ سَلَّمَ وَاسْتَرَدَّهُ الْمُرْتَهِنُ عَادَ رَهْنًا كما كان لِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَرَدَّهُ فَقَدْ عَادَ إلَى الْوِفَاقِ بعدما خَالَفَ فَأَشْبَهَ الْمُودَعَ إذَا خَالَفَ في الْوَدِيعَةِ ثُمَّ عَادَ إلَى الْوِفَاقِ وَالْأَجْرُ لِلْمُرْتَهِنِ لَكِنْ لَا يَطِيبُ له كَالْغَاصِبِ إذَا آجَرَ الْمَغْصُوبَ وَلَيْسَ له أَنْ يُعِيرَ الرَّهْنَ من غَيْرِ الرَّاهِنِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْإِجَارَةِ

فَإِنْ أَعَارَهُ وَسَلَّمَهُ إلَى الْمُسْتَعِيرِ فَلِلرَّاهِنِ أَنْ يُبْطِلَ الْإِعَارَةَ فَإِنْ هَلَكَ في يَدِ الْمُسْتَعِيرِ فَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُسْتَعِيرَ وَأَيُّهُمَا ضَمَّنَ لَا يَرْجِعُ على صَاحِبِهِ وَيَكُونُ الضَّمَانُ رَهْنًا

أما عدم الرُّجُوعِ على الْمُرْتَهِنِ فَلِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَعَارَ مِلْكَهُ

وَأَمَّا الْمُسْتَعِيرُ فَلِأَنَّ الرُّجُوعَ بِالْغَرَرِ ولم يُوجَدْ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ

وَأَمَّا كَوْنُ الضَّمَانِ رَهْنًا فَلِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَرْهُونِ فَيَكُونُ مَرْهُونًا وَإِنْ سَلَّمَ وَاسْتَرَدَّهُ من الْمُسْتَعِيرِ عَادَ رَهْنًا كما كان لِأَنَّهُ عَادَ إلَى الْوِفَاقِ فَالْتَحَقَ الْخِلَافُ فيه بِالْعَدَمِ

وَلَوْ أَعَارَهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ أو بِغَيْرِ إذْنِهِ وَأَجَازَ جَازَ وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ لَكِنْ يَبْطُلُ ضَمَانُ الرَّهْنِ لِمَا نَذْكُرُ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ فَإِنَّهَا تُبْطِلُ الرَّهْنَ وقد مَرَّ الْفَرْقُ

وَلَيْسَ له أَنْ يَرْهَنَهُ بِغَيْرِ إذْنِ الرَّاهِنِ لِأَنَّهُ لم يَرْضَ بِحَبْسِ غَيْرِهِ فَإِنْ فَعَلَ فَلِلرَّاهِنِ الْأَوَّلِ أَنْ يُبْطِلَ الرَّهْنَ الثَّانِي وَيُعِيدَهُ إلَى يَدِ الْمُرْتَهِنِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الرَّهْنَ الثَّانِي لم يَصِحَّ فَلَوْ هَلَكَ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ الثَّانِي قبل الْإِعَادَةِ إلَى الْأَوَّلِ فَالرَّاهِنُ الْأَوَّلُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ الْأَوَّلَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ الثَّانِي فَإِنْ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ الْأَوَّلَ جَازَ الرَّهْنُ الثَّانِي لِأَنَّهُ مَلَكَهُ الْمُرْتَهِنَ الْأَوَّلَ بِالضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ رَهَنَ مِلْكَ نَفْسِهِ

وَلَوْ هَلَكَ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ

الثَّانِي يَهْلِكُ بِالدَّيْنِ فَكَانَ ضَمَانُهُ رَهْنًا لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَرْهُونِ وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ الثَّانِي بَطَلَ الرَّهْنُ الثَّانِي وَيَكُونُ الضَّمَانُ رَهْنًا على الْمُرْتَهِنِ الْأَوَّلِ لِكَوْنِهِ بَدَلَ الْمَرْهُونِ وَيَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ الثَّانِي على الْمُرْتَهِنِ الْأَوَّلِ بِمَا ضَمِنَ وَبِدَيْنِهِ
أَمَّا الرُّجُوعُ بِالضَّمَانِ فَلِأَنَّهُ صَارَ مَغْرُورًا من جِهَتِهِ فَيَرْجِعُ عليه
وَأَمَّا الرُّجُوعُ بِدَيْنِهِ فَلِأَنَّ الرَّهْنَ الثَّانِي لم يَصِحَّ فَيَبْقَى دَيْنُهُ عليه كما كان وَإِنْ رَهَنَ عِنْدَ الثَّانِي بِإِذْنِ الرَّاهِنِ الْأَوَّلِ جَازَ الرَّهْنُ الثَّانِي وَبَطَلَ الرَّهْنُ الْأَوَّلُ
أَمَّا جَوَازُ الرَّهْنِ الثَّانِي فَلِأَنَّ الْمَانِعَ من الْجَوَازِ قد زَالَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ الْأَوَّلِ فإذا أَجَازَ الثَّانِي بَطَلَ الْأَوَّلُ ضَرُورَةً وَصَارَ كَأَنَّ الْمُرْتَهِنَ الْأَوَّلَ اسْتَعَارَ مَالَ الرَّاهِنِ الْأَوَّلِ لِيَرْهَنَهُ بِدَيْنِهِ فَرَهَنَهُ وَلَيْسَ له أَنْ يُودِعَهُ عِنْدَ أَجْنَبِيٍّ ليس في عِيَالِهِ لِأَنَّ الرَّاهِنَ لم يَرْضَ إلَّا بيده أو بِيَدِ من يَدُهُ في مَعْنَى يَدِهِ وَيَدُ الْأَجْنَبِيِّ الذي ليس في عِيَالِهِ لَيْسَتْ في مَعْنَى يَدِهِ فَإِنْ فَعَلَ وَهَلَكَ في يَدِ الْمُودِعِ ضَمَّنَ كُلَّ قِيمَتِهِ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا بِالْإِيدَاعِ وَلَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ إلَى من هو في عِيَالِهِ كَزَوْجَتِهِ وَخَادِمِهِ وَأَجِيرِهِ الذي يَتَصَرَّفُ في مَالِهِ لِأَنَّ يَدَ هَؤُلَاءِ كَيَدِهِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَحْفَظُ مَالَ نَفَسِهِ بِيَدِهِمْ فَكَانَ الْهَالِكُ في أَيْدِيهِمْ كَالْهَالِكِ في يَدِهِ وَالْأَصْلُ في هذا أَنَّ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَفْعَلَ في الرَّهْنِ ما يُعَدُّ حِفْظًا له وَلَيْسَ له أَنْ يَفْعَلَ ما يُعَدُّ اسْتِعْمَالًا له وَانْتِفَاعًا بِهِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا ارْتَهَنَ خَاتَمًا فَجَعَلَهُ في خِنْصَرِهِ فَهَلَكَ ضَمِنَ كُلَّ قِيمَتِهِ لِأَنَّ التَّخَتُّمَ بِالْخِنْصَرِ مِمَّا يُتَجَمَّلُ بِهِ عَادَةً فَكَانَ اسْتِعْمَالًا لِه وهو مَأْذُونٌ في الْحِفْظِ لَا في الِاسْتِعْمَالِ وَيَسْتَوِي فيه الْيُمْنَى وَالْيُسْرَى لِأَنَّ الناس يَخْتَلِفُونَ في التَّجَمُّلِ بهذا النَّوْعِ منهم من يَتَجَمَّلُ بِالتَّخَتُّمِ في الْيُمْنَى وَمِنْهُمْ من يَتَجَمَّلُ بِهِ في الْيُسْرَى فَكَانَ كُلُّ ذلك اسْتِعْمَالًا
وَلَوْ جَعَلَهُ في بَقِيَّةِ الْأَصَابِعِ فَهَلَكَ يَهْلِكُ هَلَاكَ الرَّهْنِ لِأَنَّ التَّخَتُّمَ بها غَيْرُ مُعْتَادٍ فَكَانَ حِفْظًا لَا اسْتِعْمَالًا
وَلَوْ لَبِسَ خَاتَمًا فَوْقَ خَاتَمٍ فهلك يَرْجِعُ فيه إلَى الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ فَإِنْ كان اللَّابِسُ مِمَّنْ يَتَجَمَّلُ بِخَاتَمَيْنِ يَضْمَنُ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ له وَإِنْ كان مِمَّنْ لَا يُتَجَمَّلُ بِهِ يَهْلِكُ بِمَا فيه لِأَنَّهُ حَافِظٌ إيَّاهُ
وَلَوْ رَهَنَهُ سَيْفَيْنِ فَتَقَلَّدَ بِهِمَا يَضْمَنُ وَلَوْ كانت السُّيُوفُ ثَلَاثَةً فَتَقَلَّدَ بها لم يَضْمَنْ لِأَنَّ التَّقَلُّدَ بِسَيْفَيْنِ مُعْتَادٌ في الْجُمْلَةِ فَكَانَ من بَابِ الِاسْتِعْمَالِ
فَأَمَّا بِالثَّلَاثَةِ فَلَيْسَ بمعناه (((بمعتاد))) فَكَانَ حِفْظًا لَا اسْتِعْمَالًا وَإِنْ كان الرَّهْنُ طَيْلَسَانًا أو قَبَاءً فَلَبِسَهُ لُبْسًا مُعْتَادًا يَضْمَنْ وَإِنْ جَعَلَهُ على عَاتِقِهِ فَهَلَكَ يَهْلِكْ رَهْنًا لِأَنَّ الْأَوَّلَ اسْتِعْمَالٌ وَالثَّانِي حِفْظٌ وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ ما يُخَافُ الْفَسَادُ عليه بِإِذْنِ الْقَاضِي لِأَنَّ بَيْعَ ما يُخَافُ عليه الْفَسَادُ من بَابِ الْحِفْظِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ لَكِنْ بِإِذْنِ الْقَاضِي له لِأَنَّ له وِلَايَةً في مَالِ غَيْرِهِ في الْجُمْلَةِ فَإِنْ بَاعَ بِغَيْرِ إذْنِهِ ضَمِنَ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ له عليه وإذا بَاعَ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ كان ثَمَنُهُ رَهْنًا في يَدِهِ لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَرْهُونِ فَيَكُونُ رَهْنًا وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ الرَّاهِنَ بِإِيفَاءِ الدَّيْنِ مع قِيَامِ عَقْدِ الرَّهْنِ إذَا لم يَكُنْ الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا لِأَنَّ الرَّهْنَ شُرِعَ لِتَوْثِيقِ الدَّيْنِ وَلَيْسَ من الْوَثِيقَةِ سُقُوطُ الْمُطَالَبَةِ بِإِيفَاءِ الدَّيْنِ
وَلَوْ طَالَبَ الْمُرْتَهِنُ الرَّاهِنَ بِحَقِّهِ فقال الرَّاهِنُ بِعْهُ وَاسْتَوْفِ حَقَّكَ فقال الْمُرْتَهِنُ لَا أُرِيدُ الْبَيْعَ وَلَكِنْ أُرِيدُ حَقِّي فَلَهُ ذلك لِأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ وَبِالْبَيْعِ يَخْرُجُ عن كَوْنِهِ رَهْنًا فَيَبْطُلُ مَعْنَى الْوَثِيقَةِ فَلَهُ أَنْ يَتَوَثَّقَ بِاسْتِيفَائِهِ إلَى اسْتِيفَاءِ

الدَّيْنِ
وَلَوْ قال الرَّاهِنُ للمترهن (((للمرتهن))) إنْ جِئْتُكَ بِحَقِّكَ إلَى وَقْتِ كَذَا وَإِلَّا فَهُوَ لك بِدَيْنِكَ أو بَيْعٌ بِحَقِّكَ لم يَجُزْ وهو رَهْنٌ على حَالِهِ لِأَنَّ هذا تَعْلِيقُ التَّمْلِيكِ بِالشَّرْطِ وَأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَبِيعَ الرَّهْنَ بِدَيْنِ الْمُرْتَهِنِ من غَيْرِ رِضَا الرَّاهِنِ لَكِنَّهُ يَحْبِسُ الرَّاهِنَ حتى يَبِيعَهُ بِنَفْسِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ وَعِنْدَهُمَا له أَنْ يَبِيعَهُ عليه وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْحَجْرِ على الْحُرِّ وقد ذَكَرْنَاهَا في كِتَابِ الْحَجْرِ
وَكَذَلِكَ ليس لِلْعَدْلِ أَنْ يَبِيعَ الرَّهْنَ كما ليس لِلرَّاهِنِ وَلَا لِلْمُرْتَهِنِ ذلك
وَالْكَلَامُ في الْعَدْلِ في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ أَحَدُهَا في بَيَانِ ما لِلْعَدْلِ أَنْ يَفْعَلَهُ في الرَّهْنِ وما ليس له أَنْ يَفْعَلَهُ فيه
وَالثَّانِي في بَيَانِ من يَصْلُحُ عَدْلًا في الرَّهْنِ وَمَنْ لَا يَصْلُحُ
وَالثَّالِثُ في بَيَانِ ما يَنْعَزِلُ بِهِ الْعَدْلُ يَخْرُجُ عن الْوَكَالَةِ وما لَا يَنْعَزِلُ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ لِلْعَدْلِ أَنْ يُمْسِكَ الرَّهْنَ بيده وَبِيَدِ من يَحْفَظُ مَالَهُ بيده وَلَيْسَ له أَنْ يَدْفَعَهُ إلَى الْمُرْتَهِنِ بِغَيْرِ إذْنِ الرَّاهِنِ وَلَا إلَى الرَّاهِنِ بِغَيْرِ إذْنِ الْمُرْتَهِنِ قبل سُقُوطِ الدَّيْنِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لم يَرْضَ بِيَدِ صَاحِبِهِ حَيْثُ وَضَعَاهُ في يَدِ الْعَدْلِ
وَلَوْ دَفَعَهُ إلَى أَحَدِهِمَا من غَيْرِ رِضَا صَاحِبِهِ فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ وَيُعِيدَهُ إلَى يَدِ الْعَدْلِ كما كان
وَلَوْ هَلَكَ قبل الِاسْتِرْدَادِ ضَمِنَ الْعَدْلُ قِيمَتَهُ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا بِالدَّفْعِ وَلَيْسَ له أَنْ يَنْتَفِعَ

بِالرَّهْنِ وَلَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فيه بِالْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ وَالرَّهْنِ وَغَيْرِ ذلك لِأَنَّ الثَّابِتَ له بِالْوَضْعِ في يَدِهِ هو حَقُّ الْإِمْسَاكِ لَا الِانْتِفَاعِ وَالتَّصَرُّفِ وَلَيْسَ له أَنْ يَبِيعَهُ لِمَا قُلْنَا إلَّا إذَا كان مُسَلَّطًا على بَيْعِهِ في عَقْدِ الرَّهْنِ أو مُتَأَخِّرًا عنه فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ لِأَنَّهُ صَارَ وَكِيلًا بِالْبَيْعِ إلَّا أَنَّ التَّسْلِيطَ إذَا كان في الْعَقْدِ لَا يَمْلِكُ عَزْلَهُ من غَيْرِ رِضَا الْمُرْتَهِنِ وإذا كان مُتَأَخِّرًا عن الْعَقْدِ يَمْلِكُ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ الزِّيَادَةَ الْمُتَوَلِّدَةَ من الرَّهْنِ لِكَوْنِهَا مَرْهُونَةً تَبَعًا لِلْأَصْلِ وَكَذَا له أَنْ يَبِيعَ ما هو قَائِمٌ مَقَامَ الرَّهْنِ نَحْوُ إنْ كان الرَّهْنُ عَبْدًا فَقَتَلَهُ عَبْدٌ أو فَقَأَ عَيْنَهُ لِأَنَّهُ إذَا قام مَقَامَهُ جُعِلَ كَأَنَّ الْأَوَّلَ قَائِمٌ ثُمَّ إذَا سَلَّطَهُ على الْبَيْعِ مُطْلَقًا فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ بِأَيِّ جِنْسٍ كان من الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَغَيْرِهِمَا وَبِأَيِّ قَدْرٍ كان بِمِثْلِ قِيمَتِهِ أو بِأَقَلَّ منه قَدْرَ ما يَتَغَابَنُ الناس فيه وَبِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَلَهُ أَنْ يَبِيعَ قبل حُلُولِ الْأَجَلِ لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالْبَيْعِ مُطْلَقٌ وإذا بَاعَ كان الثَّمَنُ رَهْنًا عِنْدَهُ إلَى أَنْ يَحِلَّ الْأَجَلُ لِأَنَّ ثَمَنَ الْمَرْهُونِ مَرْهُونٌ فإذا حَلَّ الْأَجَلُ أو في دَيْنَ الْمُرْتَهِنِ إنْ كان من جِنْسِهِ وَإِنْ سُلِّطَ على الْبَيْعِ عِنْدَ الْمَحَلِّ لم يَكُنْ له أَنْ يَبِيعَهُ قَبْلَهُ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ كان الرَّهْنُ بِالْمُسْلَمِ فيه فَسَلَّطَهُ على الْبَيْعِ عِنْدَ الْمَحَلِّ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ بِجِنْسِ الْمُسْلَمِ فيه وَغَيْرِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَبِيعُهُ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَبِجِنْسِ الْمُسْلَمِ فيه وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ الْمُطْلَقِ أَنَّهُ يَبِيعُ بِأَيِّ ثَمَنٍ كان عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ليس له أَنْ يَبِيعَ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ الناس

فيه وَلَا بِالنَّسِيئَةِ وَلَا بِغَيْرِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ إلَّا أَنَّهُمَا جَوَّزَا ما في مَسْأَلَةِ السَّلَمِ بِجِنْسِ الْمُسْلَمِ فيه لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالْبَيْعِ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ من ثَمَنِهِ وَالْجِنْسُ أَقْرَبُ إلَى الْقَضَاءِ منه

وَلَوْ نَهَاهُ الرَّاهِنُ عن الْبَيْعِ بِالنَّسِيئَةِ فَإِنْ نَهَاهُ عِنْدَ عَقْدِ الرَّهْنِ ليس له أَنْ يَبِيعَ بِالنَّسِيئَةِ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ حَصَلَ مُقَيَّدًا فَيَلْزَمُهُ مُرَاعَاةُ الْقَيْدِ مُتَأَخِّرًا إذَا كان التَّقْيِيدُ مُفِيدًا وَهَذَا النَّوْعُ من التَّقْيِيدِ مُفِيدٌ

وَلَوْ نَهَاهُ مُتَأَخِّرًا عن الْعَقْدِ لم يَصِحَّ نَهْيُهُ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ الْمُتَرَاخِيَ إبْطَالٌ من حَيْثُ الظَّاهِرِ كَالتَّخْصِيصِ الْمُتَرَاخِي عن النَّصِّ الْعَامِّ عِنْدَ بَعْضِ مَشَايِخِنَا حتى جَعَلُوهُ فَسْخًا لَا بَيَانًا وإذا كان إبْطَالًا لَا يَمْلِكُهُ الرَّاهِنُ كما لَا يَمْلِكُ إبْطَالَ الْوَكَالَةِ الثَّابِتَةِ عِنْدَ الْعَقْدِ بِالْعَزْلِ ثُمَّ إذَا بَاعَ الْعَدْلُ الرَّهْنَ خَرَجَ عن كَوْنِهِ رَهْنًا لِأَنَّهُ صَارَ مِلْكًا لِلْمُشْتَرِي وَصَارَ ثَمَنُهُ هو الرَّهْنَ لِأَنَّهُ قام مَقَامَهُ سَوَاءٌ كان مَقْبُوضًا أو غير مَقْبُوضٍ حتى لو توى عِنْدَ الْمُشْتَرِي كان على الْمُرْتَهِنِ وَيُهْلِكُ بِالْأَقَلِّ من قَدْرِ الثَّمَنِ وَمِنْ الدَّيْنِ وَلَا يُنْظَرُ إلَى قِيمَةِ الْمَبِيعِ بَلْ يُنْظَرُ إلَى الثَّمَنِ بَعْدَ الْبَيْعِ لِأَنَّ الرَّهْنَ انْتَقَلَ إلَى الثَّمَنِ وَخَرَجَ الْمَبِيعُ عن كَوْنِهِ رَهْنًا فَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ الرَّهْنِ ثُمَّ إنْ بَاعَهُ بِجِنْسِ الدَّيْنِ قَضَى دَيْنَ الْمُرْتَهِنِ منه وَإِنْ بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ بَاعَ الثَّمَنَ بِجِنْسِ الدَّيْنِ وَقَضَى الدَّيْنَ منه لِأَنَّهُ مُسَلَّطٌ على بَيْعِ الرَّهْنِ وَقَضَاءُ الدَّيْنِ من ثَمَنِهِ وَقَضَاءُ الدَّيْنِ من جِنْسِهِ يَكُونُ

وَلَوْ بَاعَ الْعَدْلُ الرَّهْن ثُمَّ اُسْتُحِقَّ في يَدِ الْمُشْتَرِي فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ بِالثَّمَنِ على الْعَدْلِ لِأَنَّ الْعَاقِدَ هو وَحُقُوقُ الْعَقْدِ في بَابِ الْبَيْعِ تَرْجِعُ إلَى الْعَاقِدِ وَالْعَدْلُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ يَسْتَرِدُّ من الْمُرْتَهِنِ ما أَوْفَاهُ من الثَّمَنِ وَعَادَ دَيْنُهُ على الرَّاهِنِ كما كان وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ بِمَا ضَمِنَ على الرَّاهِنِ وسلم لِلْمُرْتَهِنِ ما قَبَضَ

أَمَّا وِلَايَةُ اسْتِرْدَادِ الثَّمَنِ من الْمُرْتَهِنِ فَلِأَنَّ الْبَيْعَ قد بَطَلَ بِالِاسْتِحْقَاقِ وَتَبَيَّنَ أَنَّ قَبْضَ الثَّمَنِ من الْمُرْتَهِنِ لم يَصِحَّ فَلَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ منه وإذا اسْتَرَدَّهُ عَادَ الدَّيْنُ على حَالِهِ

وَأَمَّا الرُّجُوعُ بِمَا ضَمِنَ على الرَّاهِنِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِالْعُهْدَةِ عليه وإذا رَجَعَ عليه مسلم (((سلم))) لِلْمُرْتَهِنِ ما قَبَضَهُ لِأَنَّهُ صَحَّ قَبْضُهُ هذا إذَا سَلَّمَ الثَّمَنَ إلَى الْمُرْتَهِنِ فَإِنْ كان هَلَكَ في يَدِهِ قبل التَّسْلِيمِ ليس له أَنْ يَرْجِعَ إلَّا على الرَّاهِنِ لِأَنَّهُ وَكِيلُ الرَّاهِنِ بِالْبَيْعِ عَامِلٌ له فَكَانَ عُهْدَةُ عَمَلِهِ عليه في الْأَصْلِ لَا على غَيْرِهِ إلَّا أَنَّ له أَنْ يَرْجِعَ على الْمُرْتَهِنِ إذَا قَبَضَ الثَّمَنَ لِمَا ذَكَرْنَا فإذا لم يَقْبِضْ وَجَبَ الْعَمَلُ بِالْأَصْلِ فَيَرْجِعُ على الرَّاهِنِ بِمَا ضَمِنَ وَبَطَلَ الرَّهْنُ بِالِاسْتِحْقَاقِ وَيَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ بِدَيْنِهِ على الرَّاهِنِ وَلَوْ لم يَسْتَحِقَّ الرَّهْنَ وَلَكِنَّ الْمُشْتَرِيَ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا كان له أَنْ يَرُدَّهُ على الْعَدْلِ لِأَنَّ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ من حُقُوقِ الْبَيْعِ وإنها تَرْجِعُ إلَى الْعَاقِدِ وَالْعَاقِدُ هو الْعَدْلُ فَيُرَدُّ عليه وَيَسْتَرِدُّ منه الثَّمَنُ الذي أَعْطَاهُ وَالْعَدْلُ بِالْخِيَارِ إنْ كان رَدَّهُ عليه بِقَضَاءِ الْقَاضِي إنْ شَاءَ رَجَعَ على الْمُرْتَهِنِ إنْ كان سَلَّمَ الثَّمَنَ إلَيْهِ وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ على الرَّاهِنِ أَمَّا على الْمُرْتَهِنِ فَلِأَنَّهُ إذَا رَدَّ عليه بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ الْقَاضِي فَقَدْ انْفَسَخَ الْبَيْعُ فَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ بِالثَّمَنِ وَعَادَ دَيْنُ الْمُرْتَهِنِ على الرَّاهِنِ وَعَادَ الرَّهْنُ الْمَرْدُودُ رَهْنًا بِالدَّيْنِ

وَأَمَّا الرُّجُوعُ على الرَّاهِنِ فَلِأَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالْبَيْعِ فَيَرْجِعُ عليه بِالْعُهْدَةِ وَإِنْ كان الْعَدْلُ لم يُعْطِ الْمُرْتَهِنَ الثَّمَنَ فَإِنْ رَدَّ الْعَدْلُ ما قَبَضَ من الثَّمَنِ فَلَا يَرْجِعُ على

أَحَدٍ وَإِنْ كان هَلَكَ في يَدِهِ وَضَمِنَ في مَالِهِ يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ على الرَّاهِنِ خَاصَّةً دُونَ الْمُرْتَهِنِ لِمَا ذَكَرْنَا في الِاسْتِحْقَاقِ وَيَكُونُ الْمَرْدُودُ رَهْنًا كما كان هذا إذَا كان بَيْعُ الْعَدْلِ بِتَسْلِيطٍ مَشْرُوطٍ في عَقْدِ الرَّهْنِ فَأَمَّا إذَا كان بِتَسْلِيطٍ وُجِدَ من الرَّاهِنِ بَعْدَ الرَّهْنِ فإن الْعَدْلَ يَرْجِعُ بِمَا ضَمِنَ على الرَّاهِنِ لَا على الْمُرْتَهِنِ سَوَاءٌ قَبَضَ الْمُرْتَهِنُ الثَّمَنَ أو لم يَقْبِضْهُ لِأَنَّهُ وَكِيلُ الرَّاهِنِ وَعُهْدَةُ الْوَكِيلِ فِيمَا وُكِّلَ بِهِ على مُوَكِّلِهِ في الْأَصْلِ لِأَنَّهُ عَامِلٌ له فَكَانَ عُهْدَةُ عَمَلِهِ عليه إلَّا أَنَّ التَّسْلِيطَ إذَا كان مَشْرُوطًا في الْعَقْدِ يَثْبُتُ له حَقُّ الرُّجُوعِ على الْمُرْتَهِنِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِهَذِهِ الْوَكَالَةِ على ما نَذْكُرُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فإذا وَقَعَ الْبَيْعُ لِحَقِّهِ جَازَ أَنْ يَرْجِعَ بِالضَّمَانِ عليه وإذا لم يَكُنْ مَشْرُوطًا فيه لم يَثْبُتْ التَّعْلِيقُ فَبَقِيَ حَقُّ الرُّجُوعِ بِالْعُهْدَةِ على الْمُوَكِّلِ على حُكْمِ الْأَصْلِ وَلِلْعَدْلِ أَنْ يَبِيعَ الزَّوَائِدَ الْمُتَوَلِّدَةَ من الرَّهْنِ لِأَنَّهَا مَرْهُونَةٌ تَبَعًا لِلْأَصْلِ لِثُبُوتِ حُكْمِ الرَّهْنِ فيها وهو حَقُّ الْحَبْسِ تَبَعًا فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا كما له أَنْ يَبِيعَ الْأَصْلَ

وَكَذَا الْعَبْدُ الْمَدْفُوعُ بِالْجِنَايَةِ على الرَّهْنِ بِأَنْ قَتَلَ الرَّهْنِ أو فَقَأَ عَيْنَهُ فَدُفِعَ بِهِ لِلْعَدْلِ أَنْ يَبِيعَهُ لِأَنَّ الثَّانِي قَائِمٌ مَقَامَ الْأَوَّلِ لَحْمًا وَدَمًا فَصَارَ كَأَنَّ الْأَوَّلَ قَائِمٌ وَلِلْعَدْلِ أَنْ يَمْتَنِعَ من الْبَيْعِ وإذا امْتَنَعَ لَا يُجْبَرُ عليه إن كان التَّسْلِيطُ على الْبَيْعِ بَعْدَ الرَّهْنِ

وَإِنْ كان في الرَّهْنِ لم يَكُنْ له أَنْ يَمْتَنِعَ عنه وَلَوْ امْتَنَعَ يُجْبَرُ عليه لِأَنَّ التَّسْلِيطَ إذَا لم يَكُنْ مَشْرُوطًا في الرَّهْنِ لم يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ فَكَانَ تَوْكِيلًا مَحْضًا بِالْبَيْعِ فَأَشْبَهَ التَّوْكِيلَ بِالْبَيْعِ في سَائِرِ الْمَوَاضِعِ وإذا كان مَشْرُوطًا فيه كان حَقُّ الْمُرْتَهِنِ مُتَعَلِّقًا بِهِ فَلَهُ أَنْ يُجْبِرَهُ على الْبَيْعِ لِاسْتِيفَاءِ حَقِّهِ

وَأَمَّا بَيَانُ من يَصْلُحُ عَدْلًا في الرَّهْنِ وَمَنْ لَا يَصْلُحُ فَالْمَوْلَى لَا يَصْلُحُ عَدْلًا في رَهْنِ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ حتى لو رَهَنَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ على أَنْ يَضَعَ على يَدِ مَوْلَاهُ لم يَجُزْ الرَّهْنُ سَوَاءٌ كان على الْعَبْدِ دَيْنٌ أو لم يَكُنْ وَالْعَبْدُ يَصْلُحُ عَدْلًا في رَهْنِ مَوْلَاهُ حتى لو رَهَنَ إنْسَانٌ شيئا على أَنْ يَضَعَ في يده (((يد))) عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ يَصِحُّ الرَّهْنُ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ فَيَصِيرُ الْعَدْلُ وَكِيلًا في اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ وَالْمَوْلَى لَا يَصْلُحُ وَكِيلَ الْأَجْنَبِيِّ في اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ من عَبْدِهِ لِأَنَّ الْوَكِيلَ من يَعْمَلُ لِغَيْرِهِ وَاسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ من عَبْدِهِ عَمَلٌ لِنَفْسِهِ من وَجْهٍ لِمَا فيه من فَرَاغِ رَقَبَةِ عَبْدِهِ عن شَغْلِ الدَّيْنِ وَالْعَبْدُ يَصْلُحُ وَكِيلَ الْأَجْنَبِيِّ في اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ من مَوْلَاهُ لِذَلِكَ افْتَرَقَا

وَعَنْ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْمَوْلَى يَصْلُحُ عَدْلًا في رَهْنِ مُكَاتَبِهِ وَالْمُكَاتَبُ يَصْلُحُ عَدْلًا في رَهْنِ مَوْلَاهُ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ حُرٌّ يَدًا فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَجْنَبِيًّا عَمَّا في يَدِ الْآخَرِ وَالْمَكْفُولُ عنه لَا يَصْلُحُ عَدْلًا في رَهْنِ الْكَفِيلِ وَكَذَا الْكَفِيلُ لَا يَصْلُحُ عَدْلًا في رَهْنِ الْمَكْفُولِ عنه لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَصْلُحُ وَكِيلًا في اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ من صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ أَمَّا الْمَكْفُولُ عنه فَبِتَفْرِيغِ ذِمَّتِهِ عن الدَّيْنِ وَأَمَّا الْكَفِيلُ فَبِتَخْلِيصِ نَفْسِهِ عن الْكَفَالَةِ بِالدَّيْنِ وَأَحَدُ شَرِيكَيْ الْمُفَاوَضَةِ لَا يَصْلُحُ عَدْلًا في رَهْنِ صَاحِبِهِ بِدَيْنِ التِّجَارَةِ لِأَنَّ يَدَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدُ صَاحِبِهِ فَكَانَ ما في يَدِ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَأَنَّهُ في يَدِ صَاحِبِهِ فلم يَتَحَقَّقْ خُرُوجُ الرَّهْنِ من ير (((يد))) الرَّاهِنِ وَإِنَّهُ شَرْطُ صِحَّةِ الرَّهْنِ

وَكَذَا أَحَدُ شَرِيكَيْ الْعَنَانِ في التِّجَارَةِ لَا يَصْلُحُ عَدْلًا في رَهْنِ صَاحِبِهِ بِدَيْنِ التِّجَارَةِ لِمَا لنا (((قلنا))) فَإِنْ كان من غَيْرِ التِّجَارَةِ فَهُوَ جَائِزٌ

فِي الشَّرِيكَيْنِ جميعا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَجْنَبِيٌّ عن صَاحِبِهِ في غَيْرِ دَيْنِ التِّجَارَةِ فلم تَكُنْ يَدُهُ كَيَدِ صَاحِبِهِ فَوُجِدَ خُرُوجُ الرَّهْنِ من يَدِ الرَّاهِنِ وَرَبُّ الْمَالِ لَا يَصْلُحُ عَدْلًا في رَهْنِ الْمُضَارِبِ وَلَا الْمُضَارِبُ في رَهْنِ رَبِّ الْمَالِ حتى لو رَهَنَ الْمُضَارِبُ شيئا من مَالِ الْمُضَارَبَةِ بِدَيْنٍ في الْمُضَارَبَةِ على أَنْ يَضَعَهُ على يَدِ رَبِّ الْمَالِ أو رَهَنَ رَبُّ الْمَالِ على أَنْ يَضَعَهُ على يَدِ الْمُضَارِبِ لَا يَجُوزُ الرَّهْنُ لِأَنَّ يَدَ الْمُضَارِبِ يَدٌ لِرَبِّ الْمَالِ وَعَمَلُ رَبِّ الْمَالِ كَعَمَلِ الْمُضَارِبِ فلم يَتَحَقَّقْ خُرُوجُ الرَّهْنِ من يَدِ الرَّاهِنِ فلم يَجُزْ الرَّهْنُ وَالْأَبُ لَا يَصْلُحُ عَدْلًا في رَهْنِهِ بِثَمَنِ ما اشْتَرَى لِلصَّغِيرِ بِأَنْ اشْتَرَى الْأَبُ لِلصَّغِيرِ شيئا وَرَهَنَ بِثَمَنِ ما اشْتَرَى له على أَنْ يَضَعَهُ على يَدِ نَفسِهِ فَالشِّرَاءُ جَائِزٌ وَالرَّهْنُ بَاطِلٌ لِأَنَّهُ لَمَّا شَرَطَ على أَنْ يَضَعَهُ في يَدِ نَفسِهِ فَقَدْ شَرَطَ على أَنْ لَا يَخْرُجَ الرَّهْنُ من يَدِ الرَّاهِنِ وأنه شَرْطٌ فَاسِدٌ فَيَفْسُدُ الرَّهْنُ

وَهَلْ يَصْلُحُ الرَّاهِنُ عَدْلًا في الرَّهْنِ فَإِنْ كان الرَّهْنُ لم يُقْبَضْ من يَدِهِ بَعْدُ لَا يَصْلُحُ حتى لو شَرَطَ في عَقْدِ الرَّهْنِ على أَنْ يَكُونَ الرَّهْنُ في يَدِهِ فَسَدَ الْعَقْدُ لِأَنَّ قَبْضَ الْمُرْتَهِنِ شَرْطُ صِحَّةِ الْعَقْدِ وَلَا يَتَحَقَّقُ الْقَبْضُ إلَّا بِخُرُوجِ الرَّهْنِ من يَدِ الرَّاهِنِ فَكَانَ شَرْطُ كَوْنِهِ في يَدِهِ شَرْطًا فَاسِدًا فَيَفْسُدُ الرَّهْنُ وَإِنْ كان قَبَضَهُ الْمُرْتَهِنُ ثُمَّ وَضَعَهُ على يَدِهِ جَازَ بَيْعُهُ لِأَنَّ الْعَقْدَ قد صَحَّ بِالْقَبْضِ وَالْبَيْعُ تَصَرُّفٌ من الرَّاهِنِ

في مِلْكِهِ فَكَانَ الْأَصْلُ فيه هو النَّفَاذَ وَالتَّوَقُّفُ كان لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ فإذا رضي بِهِ فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ فَيَنْفُذُ

وَأَمَّا بَيَانُ ما يَنْعَزِلُ بِهِ الْعَدْلُ وَيَخْرُجُ عن الْوَكَالَةِ وما لَا يَنْعَزِلُ فَنَقُولُ التَّسْلِيطُ على الْبَيْعِ إمَّا أَنْ يَكُونَ في عَقْدِ الرَّهْنِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مُتَأَخِّرًا عنه فَإِنْ كان في الْعَقْدِ فَعَزَلَ الرَّاهِنُ الْعَدْلَ لَا يَنْعَزِلُ من غَيْرِ رِضَا الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ الْوَكَالَةَ إذَا كانت في الْعَقْدِ كانت تَابِعَةً لِلْعَقْدِ فَكَانَتْ لَازِمَةً بِالْعَقْدِ فَلَا يَنْفَرِدُ الرَّاهِنُ بِفَسْخِهَا كما لَا يَنْفَرِدُ بِفَسْخِ الْعَقْدِ

وَكَذَا لَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِ الرَّاهِنِ وَلَا بِمَوْتِ الْمُرْتَهِنِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَكَالَةَ الثَّابِتَةَ في الْعَقْدِ من تَوَابِعِ الْعَقْدِ وَالْعَقْدُ لَا يَبْطُلُ بِالْمَوْتِ فَكَذَا ما هو من تَوَابِعِهِ وَإِنْ كان التَّسْلِيطُ مُتَأَخِّرًا عن الْعَقْدِ فَلِلرَّاهِنِ أَنْ يَعْزِلَهُ وَيَنْعَزِلُ بِمَوْتِ الرَّاهِنِ أَيْضًا لِأَنَّ التَّسْلِيطَ الْمُتَأَخِّرَ عن الْعَقْدِ تَوْكِيلٌ مُبْتَدَأٌ فَيَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ بِعَزْلِ الْمُوَكِّلِ وَمَوْتِهِ وَسَائِرِ ما يَخْرُجُ بِهِ الْوَكِيلُ عن الْوَكَالَةِ وقد ذَكَرْنَا جُمْلَةَ ذلك في كِتَابِ الْوَكَالَةِ وَهَذَا الذي ذَكَرْنَا جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَعَنْ أبي يُوسُفَ أَنَّ التَّسْلِيطَ الطارىء على الْعَقْدِ وَالْمُقَارِنَ إيَّاهُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ يَلْتَحِقُ بِالْعَقْدِ فَيَصِيرُ كَالْمَوْجُودِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ التَّسْلِيطَ لم يُوجَدْ عِنْدَ الْعَقْدِ حَقِيقَةً وَجَعْلُ الْمَعْدُومِ حَقِيقَةً مَوْجُودًا تَقْدِيرًا لَا يَجُوزُ إلَّا بِدَلِيلٍ ولم يُوجَدْ وَتَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِمَوْتِ الْعَدْلِ سَوَاءٌ كانت بَعْدَ الْعَقْدِ أو في الْعَقْدِ وَلَا يَقُومُ وَارِثُهُ وَلَا وَصِيُّهُ مَقَامَهُ لِأَنَّ الْوَكَالَةَ لَا تُورَثُ وَلِأَنَّ الرَّاهِنَ رضي بِهِ ولم يَرْضَ بِغَيْرِهِ فإذا مَاتَ بَطَلَتْ الْوَكَالَةُ لَكِنْ لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ وَيُوضَعُ الرَّهْنُ في يَدِ عَدْلٍ آخَرَ عن تَرَاضٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ جَازَ الْوَضْعُ في يَدِ الْأَوَّلِ في الِابْتِدَاءِ بِتَرَاضِيهِمَا فَكَذَا في يَدِ الثَّانِي في الِانْتِهَاءِ فَإِنْ اخْتَلَفَا في ذلك نَصَّبَ

الْقَاضِي عَدْلًا وَوَضَعَ الرَّهْنَ على يَدِهِ قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ وَلَيْسَ لِلْعَدْلِ الثَّانِي أَنْ يَبِيعَ إلَّا أَنْ يَمُوتَ الرَّاهِنُ لِأَنَّ الرَّاهِنَ سَلَّطَ الْأَوَّلَ لَا الثَّانِيَ
وَعَلَى هذا تَخْرُجُ نَفَقَةُ الرَّاهِنِ إنها على الرَّاهِنِ لَا على الْمُرْتَهِنِ وَالْأَصْلُ أَنَّ ما كان من حُقُوقِ الْمِلْكِ فَهُوَ على الرَّاهِنِ لِأَنَّ الْمِلْكَ له وما كان من حُقُوقِ الْيَدِ فَهُوَ على الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ الْيَدَ له
إذَا عُرِفَ هذا فَنَقُولُ الرَّهْنُ إذَا كان رَقِيقًا فَطَعَامُهُ وَشَرَابُهُ وَكِسْوَتُهُ على الرَّاهِنِ وَكَفَنُهُ عليه وَأُجْرَةُ ظِئْرِ وَلَدِ الرَّهْنِ عليه وَإِنْ كانت دَابَّةً فَالْعَلَفُ وَأُجْرَةُ الرَّاعِي عليه وَإِنْ كان بُسْتَانًا فَسَقْيُهُ وَتَلْقِيحُ نَخْلِهِ وَجِدَادُهُ وَالْقِيَامُ بِمَصَالِحِهِ عليه سَوَاءٌ كان في قِيمَةِ الرَّهْنِ فَضْلٌ أو لم يَكُنْ لِأَنَّ هذه الْأَشْيَاءَ من حُقُوقِ الْمِلْكِ وَمُؤْنَاتُ الْمِلْكِ على الْمَالِكِ وَالْمِلْكُ لِلرَّاهِنِ فَكَانَتْ الْمُؤْنَةُ عليه
وَالْخَرَاجُ على الرَّاهِنِ لِأَنَّهُ مُؤْنَةُ الْمِلْكِ
وَأَمَّا الْعُشْرُ فَفِي الْخَارِجِ يَأْخُذُهُ الْإِمَامُ وَلَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ في الْبَاقِي بِخِلَافِ ما إذَا اُسْتُحِقَّ بَعْضُ الرَّهْنِ شَائِعًا إنه يَبْطُلُ الرَّهْنُ في الْبَاقِي
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْفَسَادَ في الِاسْتِحْقَاقِ لِمَكَانِ الشُّيُوعِ ولم يُوجَدْ هَهُنَا لِأَنَّ بِالِاسْتِحْقَاقِ تَبَيَّنَ أَنَّ الرَّهْنَ في الْقَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ لم يَصِحَّ وَالْبَاقِي شَائِعٌ وَالشِّيَاعُ يَمْنَعُ صِحَّةَ الرَّهْنِ بِخِلَافِ الْعُشْرِ لِأَنَّ وُجُوبَهُ في الْخَارِجِ لَا يُخْرِجُهُ عن مِلْكِهِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُهُ وَيَجُوزُ له الْأَدَاءُ من غَيْرِهِ فَكَانَ الدَّفْعُ إلَى الْإِمَامِ بِمَنْزِلَةِ إخْرَاجِ الشَّيْءِ عن مِلْكِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ فيه مَعْنَى الشُّيُوعِ فَهُوَ الْفَرْقُ
وَلَوْ كان في الرَّهْنِ نَمَاءٌ فَأَرَادَ الرَّاهِنُ أَنْ يَجْعَلَ النَّفَقَةَ التي ذَكَرْنَا إنها عليه في نَمَاءِ الرَّهْنِ ليس له ذلك لِأَنَّ زَوَائِدَ الْمَرْهُونِ مَرْهُونَةٌ عِنْدَنَا تَبَعًا لِلْأَصْلِ فَلَا يَمْلِكُ الْإِنْفَاقَ منها كما لَا يَمْلِكُ الْإِنْفَاقَ من الْأَصْلِ وَالْحِفْظُ على الْمُرْتَهِنِ حتى لو شَرَطَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ أَجْرًا على حِفْظِهِ فَحَفِظَ لَا يَسْتَحِقُّ شيئا من الْأَجْرِ لِأَنَّ حِفْظَ الرَّهْنِ عليه فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِإِتْيَانِ ما هو وَاجِبٌ عليه بِخِلَافِ الْمُودِعِ إذَا شَرَطَ لِلْمُودَعِ أَجْرًا على حِفْظِ الْوَدِيعَةِ أَنَّ له الْأَجْرَ لِأَنَّ حِفْظَ الْوَدِيعَةِ ليس بِوَاجِبٍ عليه فَجَازَ شَرْطُ الْأَجْرِ وَأُجْرَةُ الْحَافِظِ عليه لِأَنَّهَا مُؤْنَةُ الْحِفْظِ وَالْحِفْظُ عليه
وَكَذَا أُجْرَةُ الْمَسْكَنِ وَالْمَأْوَى لِمَا قُلْنَا
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّ كِرَاءَ الْمَأْوَى على الرَّاهِنِ وَجُعْلُهُ بِمَنْزِلَةِ النَّفَقَةِ وَجُعْلُ الْآبِقِ على الْمُرْتَهِنِ بِقَدْرِ الدَّيْنِ وَالْفَضْلُ على ذلك على الْمَالِكِ حتى لو كانت قِيمَةُ الرَّهْنِ وَالدَّيْنِ سَوَاءً أو قِيمَةُ الرَّهْنِ أَقَلَّ فَالْجُعْلُ كُلُّهُ على الْمُرْتَهِنِ وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ فَبِقَدْرِ الدَّيْنِ على الْمُرْتَهِنِ وَبِقَدْرِ الزِّيَادَةِ على الرَّاهِنِ لِأَنَّ وُجُوبَ الْجُعْلِ على الْمُرْتَهِنِ لِكَوْنِ الْمَرْهُونِ مَضْمُونًا وأنه مَضْمُونٌ بِقَدْرِ الدَّيْنِ وَالْفَضْلُ أَمَانَةٌ فَانْقَسَمَ الْجُعْلُ عَلَيْهِمَا على قَدْرِ الْأَمَانَةِ وَالضَّمَانِ بِخِلَافِ أُجْرَةِ الْمَسْكَنِ إنها على الْمُرْتَهِنِ خَاصَّةً وَإِنْ كان في قِيمَةِ الرَّهْنِ فَضْلٌ لِأَنَّ الْأُجْرَةَ إنَّمَا وَجَبَتْ على الْمُرْتَهِنِ لِكَوْنِهَا مُؤْنَةَ الْحِفْظِ وَكُلُّ الْمَرْهُونِ مَحْفُوظٌ بِحِفْظِهِ فَكَانَ كُلُّ الْمُؤْنَةِ عليه
فَأَمَّا الْجُعْلُ فَإِنَّمَا لَزِمَهُ لِكَوْنِ الْمَرْدُودِ مَضْمُونًا

وَالْمَضْمُونُ بَعْضُهُ لَا كُلُّهُ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الضَّمَانِ وَالْفِدَاءِ من الْجِنَايَةِ وَالدَّيْنُ الذي يَلْحَقُهُ الرَّهْنُ بِمَنْزِلَةِ جُعْلِ الْآبِقِ يَنْقَسِمُ على الْمَضْمُونِ وَالْأَمَانَةِ
وَكَذَلِكَ مُدَاوَاةُ الْجُرُوحِ وَالْقُرُوحِ وَالْأَمْرَاضِ تَنْقَسِمُ عَلَيْهِمَا على قَدْرِ الضَّمَانِ وَالْأَمَانَةِ
كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّ الْمُدَاوَاةَ على الْمُرْتَهِنِ من بَابِ إحْيَاءِ حَقِّهِ وهو الدَّيْنُ وَكُلُّ ما وَجَبَ على الرَّاهِنِ فَأَدَّاهُ الْمُرْتَهِنُ بِغَيْرِ إذْنِهِ أو وَجَبَ على الْمُرْتَهِنِ فَأَدَّاهُ الْمُرْتَهِنُ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَإِنْ فَعَلَ بِأَمْرِ الْقَاضِي يَرْجِعُ على صَاحِبِهِ لِأَنَّ الْقَاضِيَ له وِلَايَةُ حِفْظِ أَمْوَالِ الناس وَصِيَانَتِهَا عن الْهَلَاكِ وَالْإِذْنُ بِالْإِنْفَاقِ على وَجْهٍ يَرْجِعُ على صَاحِبِهِ بِمَا أَنْفَقَ طَرِيقُ صِيَانَةِ الْمَالَيْنِ وَكَذَا إذَا فَعَلَ أَحَدُهُمَا بِأَمْرِ صَاحِبِهِ يَرْجِعُ عليه لِأَنَّهُ صَارَ وَكِيلًا عنه بِالْإِنْفَاقِ
وَرَوَى أبو يُوسُفَ عن أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ أَنَّ الرَّاهِنَ إنْ كان غَائِبًا فَأَنْفَقَ الْمُرْتَهِنُ بِأَمْرِ الْقَاضِي يَرْجِعُ عليه وَإِنْ كان حَاضِرًا لم يَرْجِعْ عليه
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ يَرْجِعُ في الْحَالَيْنِ جميعا بِنَاءً على أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَلِي على الْحَاضِرِ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُمَا يَلِي عليه وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْحَجْرِ على الْحُرِّ وَسَتَأْتِي في كِتَابِ الْحَجْرِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ زَوَائِدُ الرَّهْنِ إنها مَرْهُونَةٌ عِنْدَنَا
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في زَوَائِدِ الرَّهْنِ أنها على ضَرْبَيْنِ زِيَادَةٍ غَيْرِ مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ وَلَا في حُكْمِ الْمُتَوَلِّدِ منه كَالْكَسْبِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَزِيَادَةٍ مُتَوَلِّدَةٍ من الْأَصْلِ كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرِ وَاللَّبَنِ وَالصُّوفِ أو في حُكْمِ الْمُتَوَلِّدِ من الْأَصْلِ كَالْأَرْشِ وَالْعُقْرِ وَلَا خِلَافَ في أَنَّ الزِّيَادَةَ الْأُولَى أنها لَيْسَتْ بِمَرْهُونَةٍ بِنَفْسِهَا وَلَا هِيَ بَدَلُ المرهون (((المرهونة))) وَلَا جُزْءٌ منه وَلَا بَدَلُ جُزْءٍ منه فَلَا يَثْبُتُ فيها حُكْمُ الرَّهْنِ
وَاخْتُلِفَ في الزِّيَادَةِ الثَّانِيَةِ قال أَصْحَابُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ إنَّهَا مَرْهُونَةٌ وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَيْسَتْ بِمَرْهُونَةٍ بِنَاءً على أَنَّ الْحُكْمَ الْأَصْلِيَّ لِلرَّهْنِ عِنْدَهُ هو كَوْنُ الْمُرْتَهِنِ أَخَصَّ بِبَيْعِ الْمَرْهُونِ وَأَحَقَّ بِثَمَنِهِ من بَيْنِ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ فَقَبْلَ الْبَيْعِ لَا حَقَّ له في الرَّهْنِ حتى يَسْرِيَ إلَى الْوَلَدِ فَأَشْبَهَ وَلَدَ الْجَارِيَةِ إذَا جَنَتْ ثُمَّ وَلَدَتْ أَنَّ حُكْمَ الْجِنَايَةِ لَا يَثْبُتُ في وَلَدِهَا لِمَا أَنَّ حُكْمَ جِنَايَةِ الْأُمِّ هو وُجُوبُ الدَّفْعِ إلَى الْمَجْنِيِّ عليه وإنه ليس بِمَعْنًى ثَابِتٍ في الْأُمِّ فلم يَسْرِ إلَى الْوَلَدِ كَذَا هذا وَالدَّلِيلُ على أَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ مَرْهُونَةً أنها لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ وَلَوْ كانت مَرْهُونَةً لَكَانَتْ مَضْمُونَةً كَالْأَصْلِ
وَعِنْدَنَا حَقُّ الْحَبْسِ حُكْمٌ أَصْلِيٌّ لِلرَّهْنِ أَيْضًا وَهَذَا الْحَقُّ ثَابِتٌ في الْأُمِّ فَيَثْبُتُ في الْوَلَدِ تَبَعًا لِلْأُمِّ إلَّا أنها لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ لِثُبُوتِ حُكْمِ الرَّهْنِ فيها تَبَعًا لِلْأَصْلِ فَكَانَتْ مَرْهُونَةً تَبَعًا لَا أَصْلًا كَوَلَدِ الْمَبِيعِ أَنَّهُ مَبِيعٌ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ لَكِنْ تَبَعًا لَا أَصْلًا فَلَا يَكُونُ له حِصَّةٌ من الثَّمَنِ إلَّا إذَا صَارَ مَقْصُودًا بِالْقَبْضِ فَكَذَا الْمَرْهُونُ تَبَعًا لَا يَكُونُ له حِصَّةٌ من الضَّمَانِ إلَّا إذَا صَارَ مَقْصُودًا بِالْفِكَاكِ
وإذا كانت الزِّيَادَةُ مَرْهُونَةً عِنْدَنَا كانت مَحْبُوسَةً مع الْأَصْلِ بِكُلِّ الدَّيْنِ وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَفْتَكَّ أَحَدَهُمَا إلَّا بِقَضَاءِ الدَّيْنِ كُلِّهِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَرْهُونٌ وَالْمَرْهُونُ مَحْبُوسٌ كُلُّهُ بِكُلِّ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ الدَّيْنِ لِمَا نَذْكُرُهُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَيَنْقَسِمُ الدَّيْنُ على الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ على تَقْدِيرِ بَقَائِهَا إلَى وَقْتِ الْفِكَاكِ على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا لَكِنْ تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْأَصْلِ يوم الْعَقْدِ وَقِيمَةُ الزِّيَادَةِ يوم الْفِكَاكِ

وَنُبَيِّنُ ذلك في مَوْضِعِهِ
وَعَلَى هذا يُخَرَّجُ الزِّيَادَةُ على الرَّهْنِ أنها لَمَّا كانت جَائِزَةً على أَصْلِ أَصْحَابِنَا كان لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْبِسَهُمَا جميعا بِالدَّيْنِ وَلَا سَبِيلَ لِلرَّاهِنِ على أَحَدِهِمَا ما لم يَقْبِضْ جَمِيعَ الدَّيْنِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَرْهُونٌ وَيُقْسَمُ الدَّيْنُ بَيْنَهُمَا على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا إلَّا أَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الرَّهْنِ الْأَصْلِيِّ وَقْتَ الْعَقْدِ وَقِيمَةُ الزِّيَادَةِ وَقْتَ الزِّيَادَةِ وَأَيُّهُمَا هَلَكَ يَهْلِكُ بِحِصَّتِهِ من الدَّيْنِ بِخِلَافِ زِيَادَةِ الرَّهْنِ وَالْفَرْقُ بين الزِّيَادَتَيْنِ يَأْتِي في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَأَمَّا الذي يَتَعَلَّقُ بِكَيْفِيَّةِ هذا الْحُكْمِ فَنَوْعَانِ الْأَوَّلُ أَنَّ الثَّابِتَ لِلْمُرْتَهِنِ حَقُّ حَبْسِ الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ الذي رَهَنَ بِهِ وَلَيْسَ له أَنْ يُمْسِكَهُ بِدَيْنٍ وَجَبَ له على الرَّاهِنِ قبل الرَّهْنِ أو بَعْدَهُ لِأَنَّهُ مَرْهُونٌ بهذا الدَّيْنِ لَا بِدَيْنٍ آخَرَ فَلَا يَمْلِكُ حَبْسَهُ بِدَيْنٍ آخَرَ لِأَنَّ ذلك دَيْنٌ لَا رَهْنَ بِهِ
وَالثَّانِي أَنَّ الْمَرْهُونَ مَحْبُوسٌ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ الذي رَهَنَ بِهِ سَوَاءٌ كانت قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ من الدَّيْنِ أو أَقَلَّ حتى لو قَضَى الرَّاهِنُ بَعْضَ الدَّيْنِ كان لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَحْبِسَ كُلَّ الدين (((الرهن))) حتى يَسْتَوْفِيَ ما بَقِيَ قَلَّ الْبَاقِي أو كَثُرَ لِأَنَّ الرَّهْنَ في حَقِّ مِلْكِ الْحَبْسِ مِمَّا لَا يَتَجَزَّأُ فما بَقِيَ شَيْءٌ من الدَّيْنِ بَقِيَ مَحْبُوسًا بِهِ كَالْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ لَمَّا كان مَحْبُوسًا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ فما بَقِيَ شَيْءٌ من الثَّمَنِ بَقِيَ مَحْبُوسًا بِهِ
كَذَا هذا
وَلِأَنَّ صَفْقَةَ الرَّهْنِ وَاحِدَةٌ فَاسْتِرْدَادُ شَيْءٍ من الْمَرْهُونِ بِقَضَاءِ بَعْضِ الدَّيْنِ يَتَضَمَّنُ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ من غَيْرِ

رِضَا الْمُرْتَهِنِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَسَوَاءٌ كان الْمَرْهُونُ شيئا وَاحِدًا أو أَشْيَاءَ ليس لِلرَّاهِنِ أَنْ يَسْتَرِدَّ شيئا من ذلك بِقَضَاءِ بَعْضِ الدَّيْنِ لِمَا قلناه (((قلنا))) وَسَوَاءٌ سمي لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شيء من الْمَالِ الذي رَهَنَ بِهِ أو لم يُسَمِّ في رِوَايَةِ الْأَصْلِ
وَذَكَرَ في الزِّيَادَاتِ فِيمَنْ رَهَنَ مِائَةَ شَاةٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ على أَنَّ كُلَّ شَاةٍ منها (((منهم))) بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ فَأَدَّى عَشَرَةَ دَرَاهِمَ كان له أَنْ يَقْبِضَ شَاةً ذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ أَنَّ ما ذُكِرَ في الْأَصْلِ قَوْلُ أبي يُوسُفَ وما ذُكِرَ في الزِّيَادَاتِ قَوْلُ مُحَمَّدٍ
وَذَكَرَ الْجَصَّاصُ أَنَّ في الْمَسْأَلَةِ رِوَايَتَيْنِ عن مُحَمَّدٍ
وَجْهُ رِوَايَةِ الزِّيَادَاتِ أَنَّهُ لَمَّا سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَيْنًا مُتَفَرِّقًا أَوْجَبَ ذلك تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ فَصَارَ كَأَنَّهُ رَهَنَ كُلَّ واحدة مِنْهُمَا بِعَقْدٍ على حِدَةٍ
وَجْهُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَنَّ الصَّفْقَةَ وَاحِدَةٌ حَقِيقَةً لِأَنَّهَا أُضِيفَتْ إلَى الْكُلِّ إضَافَةً وَاحِدَةً إلَّا أَنَّهُ تَفَرَّقَتْ التَّسْمِيَةُ وَتَفْرِيقُ التَّسْمِيَةِ لَا يُوجِبُ تَفْرِيقَ الصَّفْقَةِ كما في الْبَيْعِ إذَا اشْتَمَلَتْ الصَّفْقَةُ على أَشْيَاءَ كان لِلْبَائِعِ حَقُّ حَبْسِ كُلِّهَا إلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ الثَّمَنِ وَإِنْ سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَمَنًا على حِدَةٍ كَذَا هذا
وَأَمَّا الْحُكْمُ الثَّانِي وهو اخْتِصَاصُ الْمُرْتَهِنِ بِبَيْعِ الْمَرْهُونِ له وَاخْتِصَاصُهُ بِثَمَنِهِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إذَا بِيعَ الرَّهْنُ في حَالِ حَيَاةِ الرَّاهِنِ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ أُخَرُ فَالْمُرْتَهِنُ أَحَقُّ بِثَمَنِهِ من بَيْنِ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ لِأَنَّ بِعَقْدِ الرَّهْنِ ثَبَتَ له

الِاخْتِصَاصُ بِالْمَرْهُونِ فَيَثْبُتُ له الِاخْتِصَاصُ بِبَدَلِهِ وهو الثَّمَنُ ثُمَّ إنْ كان الدَّيْنُ حَالًّا وَالثَّمَنُ من جِنْسِهِ فَقَدْ اسْتَوْفَاهُ إنْ كان في الثَّمَنِ وَفَاءٌ بِالدَّيْنِ وَإِنْ كان فيه فَضْلٌ رَدَّهُ على الرَّاهِنِ وَإِنْ كان أَنْقَصَ من الدَّيْنِ يَرْجِعْ الْمُرْتَهِنُ بِفَضْلِ الدَّيْنِ على الرَّاهِنِ وَإِنْ كان الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا حُبِسَ الثَّمَنُ إلَى وَقْتِ حُلُولِ الْأَجَلِ لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَرْهُونِ فَيَكُونُ مَرْهُونًا فإذا حَلَّ الْأَجَلُ فَإِنْ كان الثَّمَنُ من جِنْسِ الدَّيْنِ صَارَ مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ وَإِنْ كان من خِلَافِ جِنْسِهِ يَحْبِسُهُ إلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ دَيْنَهُ كُلَّهُ وَكَذَلِكَ إذَا بِيعَ الرَّهْنُ بَعْدَ وَفَاةِ الرَّاهِنِ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ ولم يَخْلُفْ مَالًا آخَرَ سِوَى الرَّهْنِ كان الْمُرْتَهِنُ أَحَقَّ بِثَمَنِهِ من بَيْنِ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا فَإِنْ فَضَلَ منه شَيْءٌ يُضَمُّ الْفَضْلُ إلَى مَالِ الرَّاهِنِ وَيُقْسَمُ بين الْغُرَمَاءِ بِالْحِصَصِ لِأَنَّ قَدْرَ الْفَضْلِ لم يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ وَإِنْ نَقَصَ عن الدَّيْنِ يَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ بِمَا بَقِيَ من دَيْنِهِ في مَالِ الرَّاهِنِ وكان بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْغُرَمَاءِ بِالْحِصَصِ لِأَنَّ قَدْرَ الْفَضْلِ من الدَّيْنِ دَيْنٌ لَا رَهْنَ بِهِ فَيَسْتَوِي فيه الْغُرَمَاءُ وَكَذَلِكَ لو كان على الرَّاهِنِ دَيْنٌ آخَرُ كان الْمُرْتَهِنُ فيه أُسْوَةَ الْغُرَمَاءِ وَلَيْسَ له أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ من ثَمَنِ الرَّهْنِ
لِأَنَّ ذلك الدَّيْنَ لَا رَهْنَ بِهِ فَيَتَضَارَبُ فيه الْغُرَمَاءُ كلهم
وَأَمَّا الْحُكْمُ الثَّالِثُ وهو وُجُوبُ تَسْلِيمِ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الِافْتِكَاكِ فَيَتَعَلَّقُ بِهِ مَعْرِفَةُ وَقْتِ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ فَنَقُولُ وَقْتُ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ ما بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ يَقْضِي الدَّيْنَ أَوَّلًا ثُمَّ يُسَلِّمُ الرَّهْنَ لِأَنَّ الرَّهْنَ وَثِيقَةٌ وفي تَقْدِيمِ تَسْلِيمِهِ إبْطَالُ الْوَثِيقَةِ وَلِأَنَّهُ لو سَلَّمَ الرَّهْنَ أَوَّلًا فَمِنْ الْجَائِزِ أَنْ يَمُوتَ الرَّاهِنُ قبل قَضَاءِ الدَّيْنِ فَيَصِيرُ الْمُرْتَهِنُ كَوَاحِدٍ من الْغُرَمَاءِ فَيَبْطُلُ حَقُّهُ فَلَزِمَ تَقْدِيمُ قَضَاءِ الدَّيْنِ على تَسْلِيمِ الرَّهْنِ إلَّا أَنَّ الْمُرْتَهِنَ إذَا طَلَبَ الدَّيْنَ يُؤْمَرُ بِإِحْضَارِ الرَّهْنِ أَوَّلًا وَيُقَالُ له أَحْضِرْ الرَّهْنَ إذَا كان قَادِرًا على الْإِحْضَارِ من غَيْرِ ضَرَرٍ زَائِدٍ ثُمَّ يُخَاطَبُ الرَّاهِنُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ لو خُوطِبَ بِقَضَائِهِ من غَيْرِ إحْضَارِ الرَّهْنِ وَمِنْ الْجَائِزِ أَنَّ الرَّهْنَ قد هَلَكَ وَصَارَ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ من الرَّهْنِ فَيُؤَدِّي إلَى الِاسْتِيفَاءِ مَرَّتَيْنِ
وَكَذَلِكَ الْمُشْتَرِي يُؤْمَرُ بِتَسْلِيمِ الثَّمَنِ أَوَّلًا إذَا كان دَيْنًا ثُمَّ يُؤْمَرُ الْبَائِعُ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْبُيُوعِ إلَّا أَنَّ الْبَائِعَ إذَا طَالَبَهُ بِتَسْلِيمِ الثَّمَنِ يُقَالُ له أَحْضِرْ الْمَبِيعَ لِجَوَازِ أَنَّ الْمَبِيعَ قد هَلَكَ وَسَوَاءٌ كان عَيْنُ الرَّهْنِ قَائِمًا في يَدِ الْمُرْتَهِنِ أو كان في يَدِهِ بَدَلُهُ بَعْدَ أَنْ كان الْبَدَلُ من خِلَافِ جِنْسِ الدَّيْنِ نَحْوُ ما إذَا كان الْمُرْتَهِنُ مُسَلَّطًا على بَيْعِ الرَّهْنِ فَبَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِ الدَّيْنِ أو قُتِلَ الرَّهْنُ خَطَأً وقضى بِالدِّيَةِ من خِلَافِ جِنْسِ الدَّيْنِ فَطَالَبَهُ الْمُرْتَهِنُ بِدَيْنِهِ كان لِلرَّاهِنِ أَنْ لَا يَدْفَعَ حتى يُحْضِرَهُ الْمُرْتَهِنُ لِأَنَّ الْبَدَلَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُبْدَلِ فَكَانَ الْمُبْدَلُ قائم (((قائما))) وَلَوْ كان قَائِمًا كان له أَنْ يَمْنَعَ ما لم يُحْضِرْهُ الْمُرْتَهِنُ فَكَذَلِكَ إذَا قام الْبَدَلُ مَقَامَهُ
وَلَوْ كان الرَّهْنُ على يَدَيْ عَدْلٍ وَجَعَلَا لِلْعَدْلِ أَنْ يَضَعَهُ عِنْدَ من أَحَبَّ وقد وَضَعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ فَطَلَبَ الْمُرْتَهِنُ دَيْنَهُ يُجْبَرُ الرَّاهِنُ على قَضَاءِ الدَّيْنِ وَلَا يُكَلَّفُ الْمُرْتَهِنُ بِإِحْضَارِ الرَّهْنِ لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ وَاجِبٌ على الرَّاهِنِ على سَبِيلِ التَّضْيِيقِ إلَّا أَنَّهُ رُخِّصَ له التَّأْخِيرُ إلَى غَايَةِ إحْضَارِ الدَّيْنِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ على الْإِحْضَارِ وَهُنَا لَا قُدْرَةَ لِلْمُرْتَهِنِ على إحْضَارِهِ لِأَنَّ لِلْعَدْلِ أَنْ يَمْنَعَهُ عنه وَلَوْ أَخَذَ من يَدِهِ جَبْرًا كان غَاصِبًا

وَإِلَى هذا الْمَعْنَى أَشَارَ مُحَمَّدٌ في الْكِتَابِ فقال كَيْفَ يُؤْمَرُ بِإِحْضَارِ شَيْءٍ لو أَخَذَهُ كان غَاصِبًا وإذا سَقَطَ التَّكْلِيفُ بِالْإِحْضَارِ زَالَتْ الرُّخْصَةُ فَيُخَاطَبُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ
وَكَذَلِكَ إذَا وَضَعَا الرَّهْنَ على يَدِ عَدْلٍ فَغَابَ بِالرَّهْنِ وَلَا يدري أَيْنَ هو لَا يُكَلَّفُ الْمُرْتَهِنُ بِإِحْضَارِ الرَّهْنِ وَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ على قَضَاءِ الدَّيْنِ لِمَا ذَكَرْنَا
وَلَوْ كان الرَّهْنُ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَالْتَقَيَا في بَلَدٍ آخَرَ فَطَالَبَ الْمُرْتَهِنُ الرَّاهِنَ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ فَإِنْ كان الدَّيْنُ مِمَّا له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ يُجْبَرُ الرَّاهِنُ على قَضَاءِ الدَّيْنِ وَلَا يُجْبَرُ الْمُرْتَهِنُ على إحْضَارِ الرَّهْنِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ وَاجِبٌ عليه على سَبِيلِ التَّضْيِيقِ وَالتَّأْخِيرِ إلَى وَقْتِ الْإِحْضَارِ لِلضَّرُورَةِ التي ذَكَرْنَاهَا عِنْدَ الْقُدْرَةِ على الْإِحْضَارِ من غَيْرِ ضَرَرٍ زَائِدٍ وَالْمُرْتَهِنُ هُنَا لَا يَقْدِرُ على الْإِحْضَارِ إلَّا بِالْمُسَافَرَةِ بِالرَّهْنِ أو بِنَقْلِهِ من مَكَانِ الْعَقْدِ وَفِيهِ ضَرَرٌ بِالْمُرْتَهِنِ فَسَقَطَ التَّكْلِيفُ بِالْإِحْضَارِ
وَلَوْ ادَّعَى الرَّاهِنُ هَلَاكَ الرَّهْنِ فقال الْمُرْتَهِنُ لم يَهْلِكْ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ مع يَمِينِهِ لِأَنَّ الرَّهْنَ كان قَائِمًا وَالْأَصْلُ في الثَّابِتِ بَقَاؤُهُ فَالْمُرْتَهِنُ يَسْتَصْحِبُ حَالَةَ الْقِيَامِ
وَالرَّاهِنُ يَدَّعِي زَوَالَ تِلْكَ الْحَالَةِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ من يَدَّعِي الْأَصْلَ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ له وَلِأَنَّ الرَّاهِنَ بِدَعْوَى الْهَلَاكِ يَدَّعِي على الْمُرْتَهِنِ اسْتِيفَاءَ الدَّيْنِ وهو مُنْكِرٌ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ وَيُحَلَّفُ على الْبَتَاتِ لِأَنَّهُ يُحَلَّفُ على فِعْلِ نَفسِهِ وهو الْقَبْضُ السَّابِقُ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ لَا يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا بِالْهَلَاكِ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ له فيه بَلْ بِالْقَبْضِ السَّابِقِ وَذَلِكَ فِعْلُهُ بِخِلَافِ ما إذَا كان الرَّهْنُ عِنْدَ عَدْلٍ فَغَابَ بِالرَّهْنِ فَاخْتَلَفَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ في هَلَاكِ الرَّهْنِ إن هُنَاكَ يُحَلَّفُ الْمُرْتَهِنُ على الْعِلْمِ لَا على الْبَتَاتِ
لِأَنَّ ذلك تَحْلِيفٌ على فِعْلِ غَيْرِهِ وهو قَبْضُ الْعَدْلِ فَتَعَذَّرَ التَّحْلِيفُ على الْبَتَاتِ فَيُحَلَّفُ على الْعِلْمِ كما لو ادَّعَى الرَّاهِنُ أَنَّهُ أَوْفَى الدَّيْنَ وَكِيلَ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُرْتَهِنُ يُنْكِرُ أَنَّهُ يُحَلَّفُ على الْعِلْمِ لِمَا ذَكَرْنَا
كَذَا هذا
وَإِنْ كان الرَّهْنُ مِمَّا لَا حَمْلَ له وَلَا مُؤْنَةَ فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ يُجْبَرُ على قَضَاءِ الدَّيْنِ وفي الِاسْتِحْسَانِ لَا يُجْبَرُ ما لم يُحْضِرْ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ لِأَنَّهُ ليس في إحْضَارِهِ ضَرَرٌ زَائِدٌ
وَعَلَى هذا الْأَصْلِ مَسَائِلُ في الزِّيَادَاتِ
وَلَوْ اشْتَرَى شيئا ولم يَقْبِضْهُ ولم يُسَلِّمْ الثَّمَنَ حتى لَقِيَهُ الْبَائِعُ في غَيْرِ مِصْرِهِ الذي وَقَعَ الْبَيْعُ فيه فَطَالَبَهُ بِالثَّمَنِ وَأَبَى الْمُشْتَرِي حتى يُحْضِرَ الْمَبِيعَ لَا يُجْبَرُ الْمُشْتَرِي على تَسْلِيمِ الثَّمَنِ حتى يُحْضِرَ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ سَوَاءٌ كان له حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ أو لم يَكُنْ
فُرِّقَ بين الْبَيْعِ وَالرَّهْنِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الْبَيْعَ مُعَاوَضَةٌ مُطْلَقَةٌ وَالْمُسَاوَاةُ في الْمُعَاوَضَاتِ الْمُطْلَقَةِ مَطْلُوبَةٌ عَادَةً وَشَرِيعَةً وَلَا تَتَحَقَّقُ الْمُسَاوَاةُ من غَيْرِ إحْضَارِ الْمَبِيعِ بِخِلَافِ الرَّهْنِ لِأَنَّهُ ليس بِمُعَاوَضَةٍ مُطْلَقَةٍ وَإِنْ كان فيه مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ فَلَا يَلْزَمُ اعْتِبَارُ الْمُسَاوَاةِ بين الْمَرْهُونِ وَالْمَرْهُونِ بِهِ وهو الدَّيْنُ في هذا الْحُكْمِ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَتَعَلَّقُ بِحَالِ هَلَاكِ الْمَرْهُونِ فَالْمَرْهُونُ إذَا هَلَكَ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَهْلِكَ بِنَفْسِهِ وَإِمَّا أَنْ يَهْلِكَ بِالِاسْتِهْلَاكِ فَإِنْ هَلَكَ بِنَفْسِهِ يَهْلِكُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ عِنْدَنَا وَالْكَلَامُ في هذا الْحُكْمِ في ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ أَحَدُهَا في بَيَانِ أَصْلِ الضَّمَانِ

أَنَّهُ ثَابِتٌ أَمْ لَا
وَالثَّانِي في بَيَانِ شَرَائِطِ الضَّمَانِ
وَالثَّالِثُ في بَيَانِ قَدْرِ الضَّمَانِ وَكَيْفِيَّتِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه قال أَصْحَابُنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ إنَّ الْمَرْهُونَ يَهْلِكُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَهْلِكُ أَمَانَةً
احْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ هو لِصَاحِبِهِ الذي رَهَنَهُ له غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ فَقَدْ جَعَلَ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ غُرْمَ الرَّهْنِ على الرَّاهِنِ وَإِنَّمَا يَكُونُ غُرْمُهُ عليه إذَا هَلَكَ أَمَانَةً لِأَنَّ عليه قَضَاءَ دَيْنِ الْمُرْتَهِنِ فَأَمَّا إذَا هَلَكَ مَضْمُونًا كان غُرْمُهُ على الْمُرْتَهِنِ حَيْثُ سَقَطَ حَقُّهُ لَا على الرَّاهِنِ وَهَذَا خِلَافُ النَّصِّ وَلِأَنَّ عَقْدَ الرَّهْنِ شُرِعَ وَثِيقَةً بِالدَّيْنِ وَلَوْ سَقَطَ الدَّيْنُ بِهَلَاكِ الْمَرْهُونِ لَكَانَ تَوْهِينًا لَا تَوْثِيقًا لِأَنَّهُ يَقَعُ تَعْرِيضُ الْحَقِّ لِلتَّلَفِ على تَقْدِيرِ هَلَاكِ الرَّهْنِ فَكَانَ تَوْهِينًا لِلْحَقِّ لَا تَوْثِيقًا له
وَلَنَا ما رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال الرَّهْنُ بِمَا فيه وفي رِوَايَةٍ (الرِّهَانُ بِمَا فيها)
وَهَذَا نَصٌّ في الْبَابِ لَا يَحْتَمِلُ التَّأْوِيلَ
وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلًا رَهَنَ بِدَيْنٍ عِنْدَ رَجُلٍ فَرَسًا بِحَقٍّ له عليه فَنَفَقَ الْفَرَسُ عِنْدَهُ فَطَالَبَهُ الْمُرْتَهِنُ بِحَقِّهِ فَاخْتَصَمَا إلَى رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم فقال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ذَهَبَ حَقُّكَ وَلِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ جُعِلَ مُسْتَوْفِيًا لِلدَّيْنِ عِنْدَ هَلَاكِ الرَّهْنِ فَلَا يَمْلِكُ الِاسْتِيفَاءَ ثَانِيًا كما إذَا استوفي بِالْفِكَاكِ وَتَقْرِيرُ مَعْنَى الِاسْتِيفَاءِ في الرَّهْنِ ذَكَرْنَاهُ في مَسَائِلِ الْخِلَافِ
وَأَمَّا الْحَدِيثُ

فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ أَيْ لَا يَهْلِكُ إذْ الْغَلَقُ يُسْتَعْمَلُ في الْهَلَاكِ كَذَا قال بَعْضُ أَهْلِ اللُّغَةِ
وَعَلَى هذا كان الْحَدِيثُ حُجَّةً عليه لِأَنَّهُ يَذْهَبُ بِالدَّيْنِ فَلَا يَكُونُ هَالِكًا مَعْنًى
وَقِيلَ مَعْنَاهُ أَيْ لَا يَسْتَحِقُّهُ الْمُرْتَهِنُ وَلَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ امْتِنَاعِ الرَّاهِنِ عن قَضَاءِ الدَّيْنِ وَهَذَا كان حُكْمًا جَاهِلِيًّا جاء الْإِسْلَامُ فَأَبْطَلَهُ
وَقَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عليه غُرْمُهُ أَيْ نَفَقَتُهُ وَكَنَفُهُ وَنَحْنُ بِهِ نَقُولُ أنه وَثِيقَةٌ قُلْنَا مَعْنَى التَّوْثِيقِ في الرَّهْنِ هو التَّوَصُّلُ إلَيْهِ في أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ لِأَنَّهُ كان لِلْمُرْتَهِنِ وِلَايَةُ مُطَالَبَةِ الرَّاهِنِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ من مُطْلَقِ مَالِهِ وَبَعْدَ الرَّهْنِ حَدَثَتْ له وِلَايَةُ الْمُطَالَبَةِ بِالْقَضَاءِ من مَالِهِ الْمُعَيَّنِ وهو الرَّهْنُ بِوَاسِطَةِ الْبَيْعِ فَازْدَادَ طَرِيقُ الْوُصُولِ إلَى حَقِّهِ فَحَصَلَ مَعْنَى التَّوْثِيقِ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ كَوْنِهِ مَضْمُونًا عِنْدَ الْهَلَاكِ فَأَنْوَاعٌ منها قِيَامُ الدَّيْنِ حتى لو سَقَطَ الدَّيْنُ من غَيْرِ عِوَضٍ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ هَلَكَ أَمَانَةً
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا أَبْرَأَ الْمُرْتَهِنُ الرَّاهِنَ عن الدَّيْنِ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ أَنَّهُ يَهْلِكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَلَا ضَمَانَ على الْمُرْتَهِنِ فيه إذَا لم يُوجَدْ منه مَنْعُ الرَّهْنِ من الرَّاهِنِ عِنْدَ طَلَبِهِ اسْتِحْسَانًا

وَالْقِيَاسُ أَنْ يُضْمَنَ وهو قَوْلُ زُفَرَ
وَلَوْ اسْتَوْفَى دَيْنَهُ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِهِ يَهْلِكُ بِالدَّيْنِ وَعَلَيْهِ بَدَلُ ما اسْتَوْفَى وَزُفَرُ سَوَّى بين الْإِبْرَاءِ وَالِاسْتِيفَاءِ وَنَحْنُ نُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا
وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ وَيَتَقَرَّرُ ذلك الِاسْتِيفَاءُ عِنْدَ الْهَلَاكِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ اسْتَوْفَى الدَّيْنَ ثُمَّ أَبْرَأَ عنه ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ
وَلَوْ كان كَذَلِكَ يُضْمَنُ كَذَا هذا وَلِأَنَّ الْمَرْهُونَ لَمَّا صَارَ مَضْمُونًا بِالْقَبْضِ يَبْقَى الضَّمَانُ ما بَقِيَ الْقَبْضُ وقد بَقِيَ لِانْعِدَامِ ما يَنْقُضُهُ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ كَوْنَ الْمَرْهُونِ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ يَسْتَدْعِي قِيَامَ الدَّيْنِ لِأَنَّ الضَّمَانَ هو ضَمَانُ الدَّيْنِ وقد سَقَطَ بِالْإِبْرَاءِ فَاسْتَحَالَ أَنْ يَبْقَى مَضْمُونًا بِهِ
وقد خَرَجَ الْجَوَابُ عن قَوْلِهِ إنَّ الِاسْتِيفَاءَ يَتَقَرَّرُ عِنْدَ الْهَلَاكِ لِأَنَّا نَقُولُ نعم إذَا كان الدَّيْنُ قَائِمًا فإذا سَقَطَ بِالْإِبْرَاءِ لَا يُتَصَوَّرُ الِاسْتِيفَاءُ وَهَذَا بِخِلَافِ ما إذَا اسْتَوْفَى الدَّيْنَ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَائِمٌ وَالضَّمَانَ مُتَعَلِّقٌ بِهِ فَيَبْقَى ما بَقِيَ الْقَبْضُ ما لم يُوجَدْ الْمُسْقِطُ وَالِاسْتِيفَاءُ لَا يُسْقِطُ الضَّمَانَ بَلْ يُقَرِّرُهُ لِأَنَّ المستوفي يَصِيرُ مَضْمُونًا على الْمُرْتَهِنِ بِخِلَافِ الْإِبْرَاءِ لِأَنَّهُ مُسْقِطٌ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ إسْقَاطٌ فَلَا يَبْقَى الضَّمَانُ فَهُوَ الْفَرْقُ هذا إذَا لم يُوجَدْ من الْمُرْتَهِنِ مَنْعُ الرَّهْنِ من الرَّاهِنِ بَعْدَ طَلَبِهِ فَإِنْ وُجِدَ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِهِ ضَمِنَ كُلَّ قِيمَتِهِ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا بِالْمَنْعِ وَالْمَغْصُوبُ مَضْمُونٌ بِكُلِّ الْقِيمَةِ وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا أَخَذَتْ الْمَرْأَةُ بِصَدَاقِهَا رَهْنًا ثُمَّ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قبل الدُّخُولِ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِهَا أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عليها في نِصْفِ الصَّدَاقِ الذي سَقَطَ بِالطَّلَاقِ لِأَنَّهَا لم تَصِرْ مُسْتَوْفِيَةً لِذَلِكَ النِّصْفِ عِنْدَ هَلَاكِ الرَّهْنِ لِسُقُوطِهِ بِالطَّلَاقِ فلم يَبْقَ الْقَبْضُ مَضْمُونًا
وَكَذَلِكَ لو أَخَذَتْ بِالصَّدَاقِ رَهْنًا ثُمَّ ارْتَدَّتْ قبل الدُّخُولِ بها حتى سَقَطَ الصَّدَاقُ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِهَا لَا ضَمَانَ عليها لِأَنَّ الصَّدَاقَ لَمَّا سَقَطَ بِالرِّدَّةِ لم يَبْقَ الْقَبْضُ مَضْمُونًا فَصَارَ كما لو أَبْرَأَتْهُ عن الصَّدَاقِ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِهَا وَلَوْ لم يَكُنْ الْمَهْرُ مُسَمًّى حتى وَجَبَ مَهْرُ الْمِثْلِ فَأَخَذَتْ بِمَهْرِ الْمِثْلِ رَهْنًا ثُمَّ طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ بها حتى وَجَبَتْ عليه الْمُتْعَةُ لم يَكُنْ له أَنْ يَحْبِسَ الرَّهْنَ بِالْمُتْعَةِ
وَلَوْ هَلَكَ في يَدِهَا ولم يُوجَدْ منها مَنْعٌ يَهْلِكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَالْمُتْعَةُ بَاقِيَةٌ على الزَّوْجِ وَهَذَا قَوْلُ أبي يُوسُفَ
وقال مُحَمَّدٌ لها حَقُّ الْحَبْسِ بِالْمُتْعَةِ وَلَقَبُ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ الرَّهْنَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ هل يَكُونُ رَهْنًا بِالْمُتْعَةِ عِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يَكُونُ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَكُونُ ولم يُذْكَرْ قَوْلَ أبي حَنِيفَةَ في الْأَصْلِ
وَذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلَهُ مع قَوْلِ أبي يُوسُفَ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ الرَّهْنَ بِالشَّيْءِ رَهْنٌ بِبَدَلِهِ في الشَّرْعِ لِأَنَّ بَدَلَ الشَّيْءِ يَقُومُ مَقَامَهُ كَأَنَّهُ هو لِهَذَا كان الرَّهْنُ بِالْمَغْصُوبِ رَهْنًا بِقِيمَتِهِ عِنْدَ هَلَاكِهِ وَالرَّهْنُ بِالْمُسْلَمِ فيه رَهْنًا بِرَأْسِ الْمَالِ عِنْدَ الْإِقَالَةِ وَالْمُتْعَةُ بَدَلٌ عن نِصْفِ الْمَهْرِ لِأَنَّهُ يَجِبُ بِالسَّبَبِ الذي يَجِبُ به مَهْرُ الْمِثْلِ وهو النِّكَاحُ عِنْدَ عَدَمِهِ وَهَذَا حَدُّ الْبَدَلِ في أَصْلِ الشُّيُوعِ
وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمُتْعَةَ وَجَبَتْ أَصْلًا بِنَفْسِهَا لَا بَدَلًا عن مَهْرِ الْمِثْلِ وَالسَّبَبُ انْعَقَدَ لِوُجُوبِهَا ابْتِدَاءً كما أَنَّ الْعَقْدَ لِوُجُوبِ مَهْرِ الْمِثْلِ بِالطَّلَاقِ زَالَ في حَقِّ أَحَدِ الْحُكْمَيْنِ وَبَقِيَ في حَقِّ الْحُكْمِ الْآخَرِ إلَّا أَنَّهُ لَا يُعْمَلُ فيه إلَّا بَعْدَ الطَّلَاقِ فَكَانَ الطَّلَاقُ شَرْطَ عَمَلِ السَّبَبِ وَهَذَا لَا يَدُلُّ على كَوْنِهَا بَدَلًا كما في سَائِرِ الْأَسْبَابِ الْمُعَلَّقَةِ بِالشُّرُوطِ وَلَوْ أَسْلَمَ في طَعَامٍ وَأَخَذَ بِهِ رَهْنًا ثُمَّ تَفَاسَخَا الْعَقْدَ كان له أَنْ يَحْبِسَ الرَّهْنَ بِرَأْسِ الْمَالِ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ بَدَلٌ عن الْمُسْلَمِ

فيه فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِهِ يَهْلِكُ بِالطَّعَامِ لِأَنَّ

(6/155)

الْقَبْضَ حين وُجُودِهِ وَقَعَ مَضْمُونًا بِالطَّعَامِ وَبِالْإِقَالَةِ لم يَسْقُطْ الضَّمَانُ أَصْلًا لِأَنَّ بَدَلَهُ قَائِمٌ وهو رَأْسُ الْمَالِ فَيَبْقَى الْقَبْضُ مَضْمُونًا على ما كان بِخِلَافِ ما إذَا أَبْرَأَهُ عن الدَّيْنِ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ أَنَّهُ يَهْلِكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ لِأَنَّ الضَّمَانَ هُنَاكَ سَقَطَ أَصْلًا وَرَأْسًا فَخَرَجَ الْقَبْضُ من أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا
وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا وَتَقَابَضَا ثُمَّ تَفَاسَخَا كان لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِس الْمَبِيعَ حتى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ بَعْدَ التَّفَاسُخِ يَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْبَائِعِ وَلِلْبَائِعِ حَقُّ حَبْسِ الْمَبِيعِ حتى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ فَكَذَا الْمُشْتَرِي وَكَذَلِكَ لو أَنَّ الْبَائِعَ سَلَّمَ الْمَبِيعَ وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا من الْمُشْتَرِي ثُمَّ تَقَايَلَا كان لِلْبَائِعِ أَنْ يَحْبِسَ الرَّهْنَ حتى يَقْبِضَ الْمَبِيعَ كما في السَّلَمِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ هَلَاكُ الْمَرْهُونِ في قَبْضِ الرَّهْنِ فَإِنْ لم يَكُنْ لَا يَكُونُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ وَإِنْ بَقِيَ عَقْدُ الرَّهْنِ لِأَنَّ الْمَرْهُونَ إنَّمَا صَارَ مَضْمُونًا بِالْقَبْضِ فإذا خَرَجَ عن قَبْضِ الرَّهْنِ لم يَبْقَ مَضْمُونًا
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا غَصَبَ الرَّهْنَ غَاصِبٌ فَهَلَكَ في يَدِهِ أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الدَّيْنِ لِأَنَّ قَبْضَ الْغَصْبِ أَبْطَلَ قَبْضَ الرَّهْنِ وَإِنْ لم يُبْطِلْ عَقْدَ الرَّهْنِ حتى كان لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَنْقُضَ قَبْضَ الْغَاصِبِ فَيَرُدَّهُ إلَى الرَّهْنِ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا اسْتَعَارَ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ من الرَّاهِنِ لِيَنْتَفِعَ بِهِ فَهَلَكَ أَنَّهُ أن هَلَكَ قبل أَنْ يَأْخُذَ في الِانْتِفَاعِ أو بَعْدَ ما فَرَغَ عنه يَهْلِكُ بِالدَّيْنِ وَإِنْ هَلَكَ في حَالِ الِانْتِفَاعِ يَهْلِكُ أَمَانَةً لِأَنَّ الْمَرْهُونَ قبل أَنْ يَأْخُذَ في الِانْتِفَاعِ على حُكْمِ قَبْضِ الرَّهْنِ لِانْعِدَامِ ما يَنْقُضُهُ وهو قَبْضُ الِانْتِفَاعِ وإذا أَخَذَ في الِانْتِفَاعِ فَقَدْ نَقَضَهُ لِوُجُودِ قَبْضِ الْإِعَارَةِ وَقَبْضُ الْإِعَارَةِ يُنَافِي قَبْضَ الرَّهْنِ لِأَنَّهُ قَبْضُ أَمَانَةٍ وَقَبْضُ الرَّهْنِ قَبْضُ ضَمَانٍ فإذا جاء أَحَدُهُمَا انْتَفَى الْآخَرُ ثُمَّ إذَا فَرَغَ من الِانْتِفَاعِ فَقَدْ انْتَهَى قَبْضُ الْإِعَارَةِ فَعَادَ قَبْضُ الرَّهْنِ
وَكَذَلِكَ إذَا أَذِنَ الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ في الِانْتِفَاعِ بِالْمَرْهُونِ فَهُوَ على التَّفْصِيلِ وَلَوْ اسْتَعَارَهُ الرَّاهِنُ من الْمُرْتَهِنِ لِيَنْتَفِعَ بِهِ فَقَبَضَهُ خَرَجَ عن ضَمَانِ الرَّهْنِ حتى لو هَلَكَ في يَدِهِ يَهْلِكُ أَمَانَةً وَالدَّيْنُ على حَالِهِ لِأَنَّ قَبْضَهُ قَبْضُ الْعَارِيَّةِ وأنه قَبْضُ أَمَانَةٍ فَيُنَافِي قَبْضَ الضَّمَانِ وَكَذَلِكَ لو أَذِنَ الْمُرْتَهِنُ لِلرَّاهِنِ بِالِانْتِفَاعِ بِالرَّهْنِ وَكَذَلِكَ لو أَعَارَهُ الرَّاهِنُ من أَجْنَبِيٍّ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ أو أَعَارَهُ الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ من أَجْنَبِيٍّ وَسَلَّمَهُ إلَى الْمُسْتَعِيرِ فَالْمَرْهُونُ في هذه الْوُجُوهِ كُلِّهَا يَخْرُجُ عن ضَمَانِ الرَّهْنِ وَلَا يَخْرُجُ عن عَقْدِ الرَّهْنِ وَالْخُرُوجُ عن الضَّمَانِ لَا يُوجِبُ الْخُرُوجَ عن الْعَقْدِ كَزَوَائِدِ الرَّهْنِ
وَلَوْ كان الْمَرْهُونُ جَارِيَةً فَاسْتَعَارَهَا الرَّاهِنُ فَوَلَدَتْ في يَدِهِ وَلَدًا فَالْوَلَدُ رَهْنٌ لِأَنَّ الْأَصْلَ مَرْهُونٌ لِقِيَام عَقْدِ الرَّهْنِ حتى لو هَلَكَتْ الْجَارِيَةُ قَبْل أَنْ يَقْبِضَ الْمُرْتَهِنُ الْوَلَدَ فَالدَّيْنُ قَائِمٌ وَالْوَلَدُ رَهْنٌ بِجَمِيعِ الْمَالِ لِأَنَّ الضَّمَانَ وَإِنْ فَاتَ فَالْعَقْدُ قَائِمٌ وَفَوَاتُ الضَّمَانِ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ الْعَقْدِ على ما مَرَّ وإذا بَقِيَ الْعَقْدُ في الْأُمِّ صَارَ الْوَلَدُ مَرْهُونًا تَبَعًا لِلْأُمِّ فَكَانَ له أَنْ يَحْبِسَهُ بِجَمِيعِ الْمَالِ
وَكَذَا لو وَلَدَتْ هذه الِابْنَةُ وَلَدًا فَإِنَّهُمَا رَهْنٌ بِجَمِيعِ الْمَالِ وَإِنْ مَاتَا لم يَسْقُطْ شَيْءٌ من الدَّيْنِ لِأَنَّ الْوَلَدَ ليس بِمَضْمُونٍ أَلَا تَرَى أَنَّ الْأُمَّ لو كانت قَائِمَةً

فَهَلَكَ الْوَلَدُ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الدَّيْنِ فَكَذَا إذَا كانت هَالِكَةً وَلَا يَفْتَكُّ الرَّاهِنُ وَاحِدًا مِنْهُمَا حتى يؤدى الْمَالَ كُلَّهُ لِأَنَّهُمَا دَخَلَا جميعا في الْعَقْدِ فَلَا يَمْلِكُ الرَّاهِنُ التَّفْرِيقَ

وَلَوْ مَاتَ الرَّاهِنُ وَالرَّهْنُ قَائِمٌ في يَدِهِ قبل أَنْ يَرُدَّهُ إلَى الْمُرْتَهِنِ فَالْمُرْتَهِنُ أَحَقُّ بِهِ من سَائِرِ الْغُرَمَاءِ لِقِيَامِ عَقْدِ الرَّهْنِ وَإِنْ بَطَلَ الضَّمَانُ كما في وَلَدِ الرَّهْنِ أَنَّ الْمُرْتَهَنَ أَحَقُّ بِهِ وَإِنْ لم يَكُنْ فيه ضَمَانٌ

وَلَوْ أَعَارَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ من الْمُرْتَهِنِ أو أَذِنَ له بِالِانْتِفَاعِ بِهِ فَجَاءَ يَفْتَكُّ الرَّهْنَ وهو ثَوْبٌ وَبِهِ خَرْقٌ فَاخْتَلَفَا فقال الرَّاهِنُ حَدَثَ هذا في يَدِكَ قبل اللُّبْسِ أو بَعْدَ ما لَبِسْته وَرَدَدْته إلَى الرَّهْنِ وقال الْمُرْتَهِنُ لَا بَلْ حَدَثَ هذا في حَالِ اللُّبْسِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّهُمَا لَمَّا اتَّفَقَا على اللُّبْسِ فَقَدْ اتَّفَقَا على خورجه (((خروجه))) من الضَّمَانِ فَالرَّاهِنُ يَدَّعِي عَوْدَهُ إلَى الضَّمَانِ وَالْمُرْتَهِنُ يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ

هذا إذَا اتَّفَقَا على اللُّبْسِ وَاخْتَلَفَا في وَقْتِهِ فَأَمَّا إذَا اخْتَلَفَا في أَصْلِ اللُّبْسِ فقال الرَّاهِنُ لم أَلْبَسْهُ وَلَكِنَّهُ تَخَرَّقَ وقال الْمُرْتَهِنُ لَبِسْتَهُ فَتَخَرَّقَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا على دُخُولِهِ في الضَّمَانِ فَالْمُرْتَهِنُ بِدَعْوَاهُ اللُّبْسَ يَدَّعِي الْخُرُوجَ من الضَّمَانِ وَالرَّاهِنُ يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَإِنْ أَقَامَ الرَّاهِنُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ تَخَرَّقَ في ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ وَأَقَامَ الْمُرْتَهِنُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ تَخَرَّقَ بَعْدَ خُرُوجِهِ من الضَّمَانِ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الرَّاهِنِ لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ مُثْبِتَةٌ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الِاسْتِيفَاءَ وَبَيِّنَةُ الْمُرْتَهِنِ تَنْفِي الِاسْتِيفَاءَ فَالْمُثْبِتَةُ أَوْلَى

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَرْهُونُ مَقْصُودًا فَلَا تَكُونُ الزِّيَادَةُ الْمُتَوَلِّدَةُ من الرَّهْنِ أو ما هو في حُكْمِ الْمُتَوَلِّدِ كَالْوَلَدِ وَالثَّمَرِ وَاللَّبَنِ وَالصُّوفِ وَالْعُقْرِ وَنَحْوِهَا مَضْمُونًا إلَّا الإرش خَاصَّةً حتى

لو هَلَكَ شَيْءٌ من ذلك لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الدَّيْنِ إلَّا الارش فإنه إذَا هَلَكَ تَسْقُطُ حِصَّتُهُ من الدَّيْنِ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَلَدَ ليس بِمَرْهُونٍ مَقْصُودًا بَلْ تَبَعًا لِلْأَصْلِ كَوَلَدِ الْمَبِيعِ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ مَبِيعٌ تَبَعًا لَا مَقْصُودًا وَالْمَرْهُونُ تَبَعًا لَا حِصَّةَ له من الضَّمَانِ إلَّا إذَا صَارَ مَقْصُودًا بِالْفِكَاكِ كما أَنَّ الْمَبِيعَ تَبَعًا لَا حِصَّةَ له من الثَّمَنِ إلَّا إذَا صَارَ مَقْصُودًا بِالْقَبْضِ بِخِلَافِ الْأَرْشِ لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَرْهُونِ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ من أَجْزَاءِ الرَّهْنِ مَرْهُونٌ وَبَدَلُ الشَّيْءِ قَائِمٌ مَقَامَهُ كَأَنَّهُ هو فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْأَصْلِ وَالْأَصْلُ مَضْمُونٌ فَكَذَا بَدَلُهُ بِخِلَافِ الْوَلَدِ وَنَحْوِهِ وَبِخِلَافِ الزِّيَادَةِ على الرَّهْنِ أنها مَضْمُونَةٌ لِأَنَّهَا مَرْهُونَةٌ مَقْصُودًا لَا تَبَعًا لِأَنَّ الزِّيَادَةَ إذَا صَحَّتْ الْتَحَقَتْ بِأَصْلِ الْعَقْدِ كان الْعَقْدَ وَرَدَ على الزِّيَادَةِ وَالْمَزِيدِ عليه على ما نَذْكُرُ في مَوْضِعِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَلَوْ هَلَكَ الْأَصْلُ وَبَقِيَتْ الزِّيَادَةُ يُقْسَمُ الدَّيْنُ على الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا وَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْأَصْلِ وَقْتَ الْقَبْضِ وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ وَقْتَ الْعَقْدِ وهو اخْتِلَافُ عِبَارَةٍ وَالْمَعْنَى وَاحِدٌ لِأَنَّ الْإِيجَابَ وَالْقَبُولَ لَا يَصِيرُ عَقْدًا شَرْعًا إلَّا عِنْدَ الْقَبْضِ وَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ الزِّيَادَةِ وَقْتَ الْفِكَاكِ لِأَنَّ الْأَصْلَ إنَّمَا صَارَ مَضْمُونًا بِالْقَبْضِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ يَوْمِ الْقَبْضِ وَالزِّيَادَةُ إنَّمَا يَصِيرُ لها حِصَّةٌ من الضَّمَانِ بِالْفِكَاكِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهَا حِينَئِذٍ إلَّا أَنَّ هذه الْقِسْمَةَ لِلْحَالِ لَيْسَتْ قِسْمَةً حَقِيقِيَّةً بَلْ من

حَيْثُ الظَّاهِرُ حتى تَتَغَيَّرَ بِتَغَيُّرِ قِيمَةِ الزيادة إلى الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ من حَيْثُ السِّعْرُ والبدل (((والبدن))) وَالْقِسْمَةُ الْحَقِيقِيَّةُ وَقْتَ الْفِكَاكِ وَلَا تَتَغَيَّرُ الْقِسْمَةُ بِتَغَيُّرِ قِيمَةِ الْأَصْلِ بِالزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ في السِّعْرِ أو في البدل (((البدن))) لِأَنَّ الْأَصْلَ دخل في الضَّمَانِ بِالْقَبْضِ وَالْقَبْضُ لم يَتَغَيَّرْ فَلَا يَتَغَيَّرُ الضَّمَانُ وَالْوَلَدُ إنَّمَا يَأْخُذُ قِسْطًا من الضَّمَانِ بِالْفِكَاكِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم الْفِكَاكِ

وَشَرْحُ هذه الْجُمْلَةِ إذَا رَهَنَ جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفٌ بِأَلْفٍ فَوَلَدَتْ وَلَدًا يُسَاوِي أَلْفًا فإن الدَّيْنَ يُقْسَمُ على قِيمَةِ الْأُمِّ وَالْوَلَدِ نِصْفَيْنِ فَيَكُونُ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ حتى لو هَلَكَتْ الْأُمُّ سَقَطَ نِصْفُ الدَّيْنِ وَبَقِيَ الْوَلَدُ رَهْنًا بِالنِّصْفِ الْبَاقِي يَفْتَكُّهُ الرَّاهِنُ بِهِ إنْ بَقِيَ إلَى وَقْتِ الِافْتِكَاكِ وَإِنْ هَلَكَ قبل ذلك هَلَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَجُعِلَ كَأَنْ لم يَكُنْ وَعَادَتْ حِصَّتُهُ من الدَّيْنِ إلَى الْأُمِّ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْأُمَّ هَلَكَتْ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَإِنْ لم يَهْلِكْ لَكِنْ تَغَيَّرَتْ قِيمَتُهُ إلَى الزِّيَادَةِ فَصَارَ يُسَاوِي أَلْفَيْنِ بَطَلَتْ قِسْمَةُ الانصاف وَصَارَتْ الْقِسْمَةُ أَثْلَاثًا ثُلُثَا الدَّيْنِ في الْوَلَدِ وَالثُّلُثُ في الْأُمِّ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْأُمَّ هَلَكَتْ بِثُلُثِ الدَّيْنِ وَبَقِيَ الْوَلَدُ رَهْنًا بِالثُّلُثَيْنِ فَإِنْ ازْدَادَتْ قِيمَتُهُ وَصَارَ يُسَاوِي ثَلَاثَةَ آلَافٍ بَطَلَتْ قِسْمَةُ الْأَثْلَاثِ وَصَارَتْ الْقِسْمَةُ أَرْبَاعًا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدَّيْنِ في الْوَلَدِ وَرُبُعٌ في الْأُمِّ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْأُمَّ هَلَكَتْ بِرُبُعِ الدَّيْنِ وَبَقِيَ الْوَلَدُ رَهْنًا بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِهِ وَلَوْ تَغَيَّرَتْ قِيمَتُهُ إلَى النُّقْصَانِ فَصَارَ يُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ بَطَلَتْ قِسْمَةُ الْأَرْبَاعِ وَصَارَتْ الْقِسْمَةُ أَثْلَاثًا ثُلُثَا الدَّيْنِ في الْأُمِّ وَالثُّلُثُ في الْوَلَدِ

وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْأُمَّ هَلَكَتْ بِثُلُثَيْ الدَّيْنِ وَبَقِيَ الْوَلَدُ رَهْنًا بِالثُّلُثِ هَكَذَا على هذا الِاعْتِبَارِ وَسَوَاءٌ كان الْوَلَدُ وَاحِدًا أو أَكْثَرَ وُلِدُوا مَعًا أو مُتَفَرِّقًا يُقْسَمُ الدَّيْنُ على الْأُمِّ وَعَلَى الْأَوْلَادِ على قَدْرِ قِيمَتِهِمْ لَكِنْ تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْأُمِّ يوم الْعَقْدِ وَقِيمَةُ الْأَوْلَادِ يوم الْفِكَاكِ لِمَا ذَكَرْنَا وَوَلَدُ الْوَلَدِ في الْقِسْمَةِ حُكْمُهُ حُكْمُ الْوَلَدِ حتى لو وَلَدَتْ الْجَارِيَةُ بِنْتًا وَوَلَدَتْ بِنْتُهَا وَلَدًا فَهُمَا بِمَنْزِلَةِ الْوَلَدَيْنِ حتى يُقْسَمَ الدَّيْنُ على الْجَارِيَةِ وَعَلَيْهِمَا على قَدْرِ قِيمَتِهِمْ وَلَا يُقْسَمُ على الْجَارِيَةِ وَعَلَى الْوَلَدِ الْأَصْلِيِّ ثُمَّ يُقْسَمُ بَاقِيهِ عليه وَعَلَى وَلَدِهِ لِأَنَّ وَلَدَ الرَّهْنِ ليس بِمَضْمُونٍ حتى يَتْبَعَهُ وَلَدُهُ فَكَأَنَّهُمَا في الْحُكْمِ وَلَدَانِ

وَلَوْ وَلَدَتْ الْجَارِيَةُ وَلَدًا ثُمَّ نَقَصَتْ قِيمَةُ الْأُمِّ في السِّعْرِ أو في الْبَدَنِ فَصَارَتْ تُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ أو زَادَتْ قِيمَتُهَا فَصَارَتْ تُسَاوِي أَلْفَيْنِ وَالْوَلَدُ على حَالِهِ يُسَاوِي أَلْفًا فَالدَّيْنُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ لَا يَتَغَيَّرُ عَمَّا كان وَإِنْ كانت الْأُمُّ على حَالِهَا وَانْتَقَصَتْ قِيمَةُ الْوَلَدِ بِعَيْبٍ دَخَلَهُ أو لِسِعْرٍ فَصَارَ يُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ صَارَ الدَّيْنُ فِيهِمَا أَثْلَاثًا الثُّلُثَانِ في الْأُمِّ وَالثُّلُثُ في الْوَلَدِ

وَلَوْ زَادَتْ قِيمَةُ الْوَلَدِ فَصَارَ يُسَاوِي أَلْفَيْنِ فَثُلُثَا الدَّيْنِ في الْوَلَدِ وَالثُّلُثُ في الْأُمِّ حتى لو هَلَكَتْ الْأُمُّ يَبْقَى الْوَلَدُ رَهْنًا بِالثُّلُثَيْنِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَصْلَ إنَّمَا دخل تَحْتَ الضَّمَانِ بِالْقَبْضِ وَالْقَبْضُ لم يَتَغَيَّرْ فَلَا تَتَغَيَّرُ الْقِسْمَةُ وَالْوَلَدُ إنَّمَا يَصِيرُ له حِصَّةٌ من الضَّمَانِ بِالْفِكَاكِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم الْفِكَاكِ

وَلَوْ أعورت الْأُمُّ بَعْدَ الْوِلَادَةِ أو كانت أعورت قَبْلَهَا ذَهَبَ من الدَّيْنِ بِعَوَرِهَا رُبُعُهُ وَذَلِكَ مِائَتَانِ وَخَمْسُونَ وَبَقِيَ الْوَلَدُ رَهْنًا بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الدَّيْنِ وَذَلِكَ سَبْعُمِائَةٍ وَخَمْسُونَ

وَهَذَا الْجَوَابُ فِيمَا إذَا وَلَدَتْ ثُمَّ أعورت ظَاهِرٌ لِأَنَّ الدَّيْنَ قبل الإعورار كان فِيهِمَا نِصْفَيْنِ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ فإذا اعْوَرَّتْ وَالْعَيْنُ من

الْآدَمِيِّ نِصْفُهُ فَذَهَبَ قَدْرُ ما فيها من الدَّيْنِ وهو نِصْفُ نِصْفِ الدَّيْنِ وهو رُبُعُ الْكُلِّ وَبَقِيَ الْوَلَدُ رَهْنًا بِبَقِيَّةِ الدَّيْنِ وهو ثَلَاثَةُ الْأَرْبَاعِ
فَأَمَّا إذَا اعْوَرَّتْ ثُمَّ وَلَدَتْ فَفِيهِ إشْكَالٌ من حَيْثُ الظَّاهِرُ وهو أَنَّ قبل الإعورار كان كَأَنَّ كُلَّ الدَّيْنِ فيها وبالإعورار ذَهَبَ النِّصْفُ وَبَقِيَ النِّصْفُ فإذا وَلَدَتْ وَلَدًا فَيَنْبَغِي أَنْ يُقْسَمَ النِّصْفُ الْبَاقِي من الدَّيْنِ على الْجَارِيَةِ الْعَوْرَاءِ وَعَلَى وَلَدِهَا أَثْلَاثًا الثُّلُثَانِ على الْوَلَدِ وَالثُّلُثُ على الْأُمِّ
وَالْجَوَابُ أَنَّ ذَهَابَ نِصْفِ الدَّيْنِ بالإعورار لم يَكُنْ حَتْمًا بَلْ على التَّوَقُّفِ على تَقْدِيرِ عَدَمِ الْوِلَادَةِ فإذا وَلَدَتْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَكُنْ ذَهَبَ بالإعورار إلَّا رُبُعُ الدَّيْنِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تُجْعَلُ كَأَنَّهَا مَوْجُودَةٌ لَدَى الْعَقْدِ فَصَارَ كَأَنَّهَا وَلَدَتْ ثُمَّ اعْوَرَّتْ وَلَوْ هَلَكَ الْوَلَدُ وقد اعْوَرَّتْ الْأُمُّ قبل الْوِلَادَةِ أو بَعْدَهَا ذَهَبَ نِصْفُ الدَّيْنِ بالإعورار لِأَنَّ الْوَلَدَ لَمَّا هَلَكَ الْتَحَقَ بِالْعَدَمِ وَجُعِلَ كَأَنْ لم يَكُنْ وَعَادَتْ حِصَّتُهُ إلَى الْأُمِّ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الْأُمَّ كانت رَهْنًا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ فإذا اعْوَرَّتْ ذَهَبَ بِالِاعْوِرَارِ نِصْفُهُ وَبَقِيَ النِّصْفُ الْآخَرُ
وَلَوْ لم يَهْلِكْ وَلَكِنَّهُ اعْوَرَّ لم (((ولم))) يَسْقُطْ بِاعْوِرَارِهِ شَيْءٌ من الدَّيْنِ لِأَنَّهُ لو هَلَكَ لَا يَسْقُطُ فإذا اعْوَرَّ أَوْلَى لَكِنَّ تِلْكَ الْقِسْمَةَ التي كانت من حَيْثُ الظَّاهِرُ تَتَغَيَّرُ لِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ التَّغْيِيرَ بِتَغَيُّرِ قِيمَةِ الْوَلَدِ إلَى الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ
وَعَلَى هذا تَخْرُجُ الزِّيَادَةُ في الرَّهْنِ إنها مَضْمُونَةٌ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ بِأَنْ رَهَنَ جَارِيَةً ثُمَّ زَادَ عَبْدًا لِأَنَّ هذه زِيَادَةٌ مَقْصُودَةٌ لِوُرُودِ فِعْلِ الرَّهْنِ عليها مَقْصُودًا فَكَانَتْ مَرْهُونَةً أَصْلًا لَا تَبَعًا فَكَانَتْ مَضْمُونَةً وَيُقْسَمُ الدَّيْنُ على الْمَزِيدِ عليه وَالزِّيَادَةِ
وَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في كَيْفِيَّةِ الِانْقِسَامِ أَنَّ الرَّاهِنَ لَا يَخْلُو إمَّا إن زَادَ في الرَّهْنِ وَلَيْسَ في الرَّهْنِ نَمَاءٌ
وَإِمَّا إن كان فيه نَمَاءٌ فَإِنْ لم يَكُنْ فيه نَمَاءٌ يُقْسَمُ الدَّيْنُ على الْمَزِيدِ عليه وَالزِّيَادَةِ على قَدْرِ قِيمَتِهَا حتى لو كانت قِيمَةُ الْجَارِيَةِ أَلْفًا وَقِيمَةُ الْعَبْدِ أَلْفٌ وَالدَّيْنُ أَلْفٌ كان الدَّيْنُ فِيهِمَا نِصْفَيْنِ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ
وَلَوْ كانت قِيمَةُ الْعَبْدِ الزِّيَادَةِ خَمْسَمِائَةٍ كان الدَّيْنُ فِيهِمَا أَثْلَاثًا الثُّلُثَانِ في الْعَبْدِ وَالثُّلُثُ في الْجَارِيَةِ وَأَيُّهُمَا هَلَكَ يَهْلِكُ بِحِصَّتِهِ من الدَّيْنِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَرْهُونٌ مَقْصُودًا لَا تَبَعًا إلَّا أَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْمَزِيدِ عليه يوم الْعَقْدِ وهو يَوْمُ قَبْضِهِ وَقِيمَةُ الزِّيَادَةِ يوم الزِّيَادَةِ وهو يَوْمُ قَبْضِهَا وَلَا يُعْتَبَرُ تَغَيُّرُ قِيمَتِهَا بَعْدَ ذلك لِأَنَّ الزِّيَادَةَ وَالنُّقْصَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إنَّمَا دخل في الضَّمَانِ بِالْقَبْضِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم الْقَبْضِ وَالْقَبْضُ لم يَتَغَيَّرْ بِتَغَيُّرِ الْقِيمَةِ فَلَا تَتَغَيَّرُ الْقِسْمَةُ بِخِلَافِ زِيَادَةِ الرَّهْنِ وَهِيَ نَمَاؤُهُ إن الْقِسْمَةَ تَتَغَيَّرُ بِتَغَيُّرِ قِيمَتِهَا لِأَنَّهَا مَرْهُونَةٌ تَبَعًا لَا أَصْلًا وَالْمَرْهُونُ تَبَعًا لَا يَأْخُذُ حِصَّةً من الضَّمَانِ إلَّا بِالْفِكَاكِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهَا يوم الْفِكَاكِ فَكَانَتْ الْقِسْمَةُ قَبْلَهُ مُحْتَمِلَةً لِلتَّغَيُّرِ
وَلَوْ نَقَصَ الرَّهْنُ الْأَصْلِيُّ في يَدِهِ حتى ذَهَبَ قَدْرُهُ من الدَّيْنِ ثُمَّ زَادَهُ الرَّاهِنُ بَعْدَ ذلك رَهْنًا آخَرَ يُقْسَمُ ما بَقِيَ من الدَّيْنِ على قِيمَةِ الْبَاقِي وَعَلَى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ يوم قُبِضَتْ نَحْوُ ما إذَا رَهَنَ جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفٌ بِأَلْفٍ فَاعْوَرَّتْ حتى ذَهَبَ نِصْفُ الدَّيْنِ وَبَقِيَ النِّصْفُ ثُمَّ زَادَ الرَّاهِنُ عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفٌ يُقْسَمُ النِّصْفُ الْبَاقِي على قِيمَةِ الْجَارِيَةِ عَوْرَاءَ وَعَلَى قِيمَةِ الْعَبْدِ الزِّيَادَةِ أَثْلَاثًا فَيَكُونُ ثُلُثَا هذا النِّصْفِ وَذَلِكَ ثَلَثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ في الْعَبْدِ الزِّيَادَةِ وَالثُّلُثُ وَذَلِكَ مِائَةٌ وَسِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ في الْجَارِيَةِ

فُرِّقَ بين الزِّيَادَةِ فِي الرَّهْنِ وَزِيَادَةِ الرَّهْنِ وَهِيَ نَمَاؤُهُ بِأَنْ اعْوَرَّتْ الْجَارِيَةُ ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا قِيمَتُهُ أَلْفٌ أَنَّ الدَّيْنَ يُقْسَمُ عَلَى قِيمَةِ الْجَارِيَةِ يوم الْقَبْضِ صَحِيحَةً وَعَلَى قِيمَةِ الْوَلَدِ يوم الْفِكَاكِ نِصْفَيْنِ فَيَكُونُ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسُمِائَةٍ ثُمَّ ما أَصَابَ الْأُمَّ وهو النِّصْفُ ذَهَبَ بالإعورار نِصْفُهُ وهو مِائَتَانِ وَخَمْسُونَ وَبَقِيَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدَّيْنِ وَذَلِكَ سَبْعُمِائَةٍ وَخَمْسُونَ في الْأُمِّ وَالْوَلَدِ ثُلُثَا ذلك خَمْسُمِائَةٍ في الْوَلَدِ وَثُلُثُ ذلك مِائَتَانِ وَخَمْسُونَ في الْأُمِّ وفي الزِّيَادَةِ على الرَّهْنِ يَبْقَى الْأَصْلُ وَالزِّيَادَةُ بِنِصْفِ الدَّيْنِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ بين الزِّيَادَتَيْنِ أَنَّ حُكْمَ الرَّهْنِ في هذه الزِّيَادَةِ وَهِيَ الزِّيَادَةُ على الرَّهْنِ ثَبَتَ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ لَا بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ لِكَوْنِهَا زِيَادَةً مَقْصُودَةً لِوُرُودِ فِعْلِ الْعَقْدِ عليها مَقْصُودًا فَيُعْتَبَرُ في الْقِسْمَةِ ما بَقِيَ من الدَّيْنِ وَقْتَ الزِّيَادَةِ ولم يَبْقَ وَقْتَ الزِّيَادَةِ إلَّا النِّصْفُ فَيُقْسَمُ ذلك النِّصْفُ عَلَيْهِمَا على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا بِخِلَافِ زِيَادَةِ الرَّهْنِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَرْهُونَةٍ مَقْصُودًا لِانْعِدَامِ وُجُودِ الرَّهْنِ فيها مَقْصُودًا بَلْ تَبَعًا لِلْأَصْلِ لِكَوْنِهَا مُتَوَلِّدَةً منه فَيَثْبُتُ حُكْمُ الرَّهْنِ فيها تَبَعًا لِلْأَصْلِ كَأَنَّهَا مُتَّصِلَةٌ بِهِ فَتَصِيرُ كَأَنَّهَا مَوْجُودَةٌ عِنْدَ الْعَقْدِ فَكَانَ الثَّابِتُ في الْوَلَدِ غير ما كان ثَابِتًا في الْأُمِّ فَيُعْتَبَرُ في الْقِسْمَةِ قِيمَةُ الْأُمِّ يوم الْقَبْضِ وَكَذَلِكَ لو قَضَى الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ من الدَّيْنِ خَمْسَمِائَةٍ ثُمَّ زَادَهُ في الرَّهْنِ

عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفٌ أَنَّ هذه الزِّيَادَةَ تَلْحَقُ الْخَمْسَمِائَةِ الْبَاقِيَةَ فَيُقْسَمُ على نِصْفِهِ قِيمَةِ الْجَارِيَةِ وَهِيَ خَمْسُمِائَةٍ وَعَلَى قِيمَةِ الْعَبْدِ الزِّيَادَةِ وَبَقِيَ أَلْفٌ أَثْلَاثًا ثُلُثَاهَا في الْعَبْدِ وَثُلُثُهَا في الْجَارِيَةِ حتى لو هَلَكَ الْعَبْدُ هَلَكَ بِثُلُثَيْ الْخَمْسِمِائَةِ وَذَلِكَ ثَلَثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ وَلَوْ هَلَكَتْ الْجَارِيَةُ هَلَكَتْ بِالثُّلُثِ وَذَلِكَ مِائَةٌ وَسِتَّةٌ وَسِتُّونَ وَثُلُثَانِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ زِيَادَةٌ على الْمَرْهُونِ وَالْمَرْهُونُ مَحْبُوسٌ بِالدَّيْنِ وَالْمَحْبُوسُ بِالدَّيْنِ هو نِصْفُ الْجَارِيَةِ لَا كُلُّهَا ولم يَبْقَ نِصْفُ الدَّيْنِ لِصَيْرُورَتِهِ مَقْضِيًّا فَالزِّيَادَةُ تَدْخُلُ في الْبَاقِي وَيَنْقَسِمُ الْبَاقِي على قِيمَةِ نِصْفِ الْجَارِيَةِ وَعَلَى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ أَثْلَاثًا

وَلَوْ قَضَى خَمْسَمِائَةٍ ثُمَّ أعورت الْجَارِيَةُ قبل أَنْ يَزِيدَ الرَّهْنَ ثُمَّ زَادَ عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ قُسِمَ مِائَتَانِ وَخَمْسُونَ على نصف نِصْفِ الْجَارِيَةِ الْعَوْرَاءِ وَعَلَى الزِّيَادَةِ على خَمْسَةِ أَسْهُمٍ أَرْبَعَةٌ من ذلك في الزِّيَادَةِ وَسَهْمٌ في الْجَارِيَةِ الْعَوْرَاءِ لِأَنَّهُ لَمَّا قَضَى الرَّاهِنُ خَمْسَمِائَةٍ فَرَغَ نِصْفُ الْجَارِيَةِ شَائِعًا من الدَّيْنِ وَبَقِيَ النِّصْفُ الْبَاقِي في نِصْفِهَا شَائِعًا وَذَلِكَ خَمْسُمِائَةٍ فإذا اعْوَرَّتْ فَقَدْ ذَهَبَ نِصْفُ ذلك النِّصْفِ بِمَا فيه من الدَّيْنِ وَذَلِكَ مِائَتَانِ وَخَمْسُونَ وَبَقِيَ مِائَتَانِ وَخَمْسُونَ من الدَّيْنِ فِيمَا لم يَذْهَبْ من نِصْفِ الْجَارِيَةِ فَإِذَا هذه الزِّيَادَةُ تَلْحَقُ هذا الْقَدْرَ فَيُقْسَمُ هذا الْقَدْرُ في الْأَصْلِ وَالزِّيَادَةِ أَخْمَاسًا أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِهِ وَذَلِكَ مِائَتَانِ في الزِّيَادَةِ وخمسة وَذَلِكَ خَمْسُونَ في الْأَصْلِ

هذا إذَا زَادَ وَلَيْسَ في الرَّهْنِ نَمَاءٌ فَأَمَّا إذَا زَادَ وَفِيهِ نَمَاءٌ بِأَنْ رَهَنَ جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفٌ بِأَلْفٍ فَوَلَدَتْ وَلَدًا يُسَاوِي أَلْفًا ثُمَّ زَادَهُ عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفٌ فَالرَّاهِنُ لَا يَخْلُو إمَّا إنْ زَادَ وَالْأُمُّ قَائِمَةٌ وإما إنْ زَادَ بَعْدَ ما هَلَكَتْ الْأُمُّ فَإِنْ كانت قَائِمَةً فَزَادَ لَا يَخْلُو إمَّا إن جَعَلَهُ زِيَادَةً على الْوَلَدِ أو على الْأُمِّ أو عَلَيْهِمَا جميعا أو أَطْلَقَ الزِّيَادَةَ ولم يُسَمِّ الْمَزِيدَ عليه أَنَّهُ الْأُمُّ أو الْوَلَدُ فَإِنْ جَعَلَهُ زِيَادَةً على

الْوَلَدِ فَهُوَ رَهْنٌ مع الْوَلَدِ خَاصَّةً وَلَا يَدْخُلُ في حِصَّةِ الْأُمِّ لِأَنَّ الْأَصْلَ وُقُوعُ تَصَرُّفِ الْعَاقِلِ على الْوَجْهِ الذي أَوْقَعَهُ وقد جَعَلَهُ زِيَادَةً على الْوَلَدِ فَيَكُونُ زِيَادَةً معه فَيُقْسَمُ الدَّيْنُ أَوَّلًا على الْأُمِّ وَالْوَلَدِ على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْأُمِّ يوم الْعَقْدِ وَقِيمَةُ الْوَلَدِ يوم الْفِكَاكِ ثُمَّ ما أَصَابَ الْوَلَدُ يُقْسَمُ عليه وَعَلَى الْعَبْدِ الزِّيَادَةِ على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا وَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْوَلَدِ يوم الْفِكَاكِ لِمَا بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ وَقِيمَةُ الزِّيَادَةِ وَقْتَ الزِّيَادَةِ وَهِيَ وَقْتُ قَبْضِهَا لِأَنَّهَا إنَّمَا جُعِلَتْ في الضَّمَانِ بِالْقَبْضِ فَتُعْتَبَرُ قِيمَتُهَا يوم الْقَبْضِ

وَلَوْ هَلَكَ الْوَلَدُ بَعْدَ الزِّيَادَةِ بَطَلَتْ الزِّيَادَةُ لِأَنَّهُ إذَا هَلَكَ جُعِلَ كَأَنْ لم يَكُنْ أَصْلًا وَرَأْسًا فلم تَتَحَقَّقْ الزِّيَادَةُ عليه لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا بُدَّ لها من مَزِيدٍ عليه فَتَبَيَّنَ أَنَّ الزِّيَادَةَ لم تَقَعْ رَهْنًا

وَإِنْ جَعَلَهُ زِيَادَةً على الْأُمِّ فَهُوَ على ما جَعَلَ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَصْلَ اعْتِبَارُ تَصَرُّفِ الْعَاقِلِ على الْوَجْهِ الذي بَاشَرَهُ وَلِأَنَّهُ لو أَطْلَقَ الزِّيَادَةَ لَوَقَعَتْ على الْأُمِّ فَعِنْدَ التَّقْيِيدِ وَالتَّنْصِيصِ أَوْلَى

وإذا وَقَعَتْ زِيَادَةٌ على الْأُمِّ جُعِلَ كَأَنَّهَا كانت مَوْجُودَةً وَقْتَ الْعَقْدِ فَيُقْسَمُ الدَّيْنُ عَلَيْهِمَا على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْأَصْلِ يوم الْعَقْدِ وَقِيمَةُ الزِّيَادَةِ يوم الْقَبْضِ ثُمَّ ما أَصَابَ الْأُمَّ يُقْسَمُ عليها وَعَلَى وَلَدِهَا على اعْتِبَارِ قِيمَةِ الْأُمِّ يوم الْعَقْدِ وَقِيمَةِ الْوَلَدِ يوم الْفِكَاكِ

وَلَوْ مَاتَ الْوَلَدُ أو زَادَتْ قِيمَتُهُ أو وَلَدَتْ وَلَدًا فَالْحُكْمُ في حَقِّ الْعَبْدِ للزيادة (((الزيادة))) لَا تَتَغَيَّرُ وَيُقْسَمُ الدَّيْنُ أَوَّلًا على الْجَارِيَةِ وَالْعَبْدِ نِصْفَيْنِ ثُمَّ ما أَصَابَ الْأُمَّ يُقْسَمُ عليها وَعَلَى وَلَدِهَا فَتُعْتَبَرُ زِيَادَةُ الْوَلَدِ في حَقِّ الْأُمِّ وَلَا تُعْتَبَرُ في حَقِّ الْعَبْدِ سَوَاءٌ زَادَ بَعْدَ حُدُوثِ الْوَلَدِ أو قَبْلَهُ لِأَنَّ الْوَلَدَ في حَقِّ الزِّيَادَةِ وُجُودُهُ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ

وَلَوْ هَلَكَتْ الْأُمُّ بَعْدَ الزِّيَادَةِ ذَهَبَ ما كان فيها من الدَّيْنِ وَبَقِيَ الْوَلَدُ وَالزِّيَادَةُ بِمَا فِيهِمَا بِخِلَافِ ما إذَا هَلَكَ الْوَلَدُ أنه (((أنها))) تَبْطُلُ الزِّيَادَةُ لِأَنَّ بِهَلَاكِ الْأُمِّ لَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الْعَقْدَ لم يَكُنْ بَلْ يَتَنَاهَى وَيَتَقَرَّرُ حُكْمُهُ فَهَلَاكُهُ لَا يُوجِبُ بُطْلَانَ الزِّيَادَةِ بِخِلَافِ الْوَلَدِ لِأَنَّهُ إذَا هَلَكَ الْتَحَقَ بِالْعَدَمِ من الْأَصْلِ وَجُعِلَ كَأَنْ لم يَكُنْ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الزِّيَادَةَ لم تَصِحَّ رَهْنًا

وَلَوْ هَلَكَ الْوَلَدُ بَعْدَ الزِّيَادَةِ ذَهَبَ بِغَيْرِ شَيْءٍ لِأَنَّ الْوَلَدَ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْهَلَاكِ فإذا هَلَكَ جُعِلَ كَأَنْ لم يَكُنْ وَجُعِلَ كَأَنَّ الزِّيَادَةَ حَدَثَتْ وَلَا بُدَّ لِلْجَارِيَةِ كَذَلِكَ

وَإِنْ جَعَلَهُ زِيَادَةً على الْأُمِّ وَالْوَلَدِ جميعا فَالْعَبْدُ زِيَادَةٌ على الْأُمِّ خَاصَّةً وَلَا عِبْرَةَ لِلْوَلَدِ في حَقِّ الزِّيَادَةِ وَلَا يَدْخُلُ في حِصَّتِهَا وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ في حَقِّ الْأُمِّ وَيَدْخُلُ في حِصَّةِ الْأُمِّ وَالْوَلَدِ في حَقِّ الزِّيَادَةِ حَالَ وُجُودِ الْأُمِّ كَالْعَدَمِ فَلَا تَصْلُحُ الزِّيَادَةُ عليه في حَالِ قِيَامِ الْأُمِّ فَيُقْسَمُ الدَّيْنُ على الْأَصْلِ وَالْعَبْدِ الزِّيَادَةِ بِاعْتِبَارِ قِيمَتِهِمَا قِيمَةِ الْأَصْلِ يوم الْعَقْدِ وَقِيمَةِ الزِّيَادَةِ يوم الزِّيَادَةِ ثُمَّ يُقْسَمُ ما أَصَابَ الْأُمَّ قِسْمَةً أُخْرَى بَيْنَهَا وَبَيْنَ وَلَدِهَا على اعْتِبَارِ قيمتها (((قيمتهما))) يوم الْعَقْدِ وَيَوْمَ الْفِكَاكِ كَذَلِكَ وَإِنْ أَطْلَقَ الزِّيَادَةَ ولم يُسَمِّ الْأُمَّ

وَلَا الْوَلَدَ فَالزِّيَادَةُ رَهْنٌ مع الْأُمِّ خَاصَّةً لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا بُدَّ لها من مَزِيدٍ عليه وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على الِانْفِرَادِ يَصْلُحُ مَزِيدًا عليه إلَّا أَنَّ الْأُمَّ أَصْلٌ في الرَّهْنِ

وَالْوَلَدَ تَابِعٌ فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ جَعْلُهَا زِيَادَةً على الْأَصْلِ أَوْلَى وإذا صَارَتْ الزِّيَادَةُ رَهْنًا مع الْأم (((الاسم))) يُقْسَمُ الدَّيْنُ قِسْمَيْنِ على نَحْوِ ما بَيَّنَّا
هذا إذَا كانت الْأُمُّ قَائِمَةً وَقْتَ الزِّيَادَةِ فَأَمَّا إذَا هَلَكَتْ الْأُمُّ ثُمَّ زَادُوا الْعَبْدَ زِيَادَةً على الْوَلَدِ فَكَانَا جميعا رَهْنًا بِخَمْسِمِائَةٍ يَفْتَكُّ الرَّهْنَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَسْتَدْعِي مَزِيدًا عليه وَالْهَالِكُ خَرَجَ عن احْتِمَالِ ذلك فَتَعَيَّنَ الْوَلَدُ مَزِيدًا عليه وقد ذَهَبَ نِصْفُ الدَّيْنِ بِهَلَاكِ الْأُمِّ وَبَقِيَ النِّصْفُ وَذَلِكَ خَمْسُمِائَةٍ فَيَنْقَسِمُ ذلك على الزِّيَادَةِ وَالْوَلَدِ على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا
وَلَوْ هَلَكَ الْوَلَدُ أَخَذَ الرَّاهِنُ الْعَبْدَ بِغَيْرِ شَيْءٍ لِأَنَّهُ لَمَّا هَلَكَ فَقَدْ الْتَحَقَ بِالْعَدَمِ وَجُعِلَ كَأَنَّهُ لم يَكُنْ وَعَادَتْ حِصَّتُهُ إلَى الْأُمِّ فَتَبَيَّنَ أنها هَلَكَتْ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ الزِّيَادَةَ حَصَلَتْ بَعْدَ سُقُوطِ الدَّيْنِ فلم تَصِحَّ
وَلَوْ هَلَكَ الْعَبْدُ الزِّيَادَةُ بَعْدَ هَلَاكِ الْوَلَدِ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ هَلَكَ أَمَانَةً إلَّا إذَا مَنَعَهُ بَعْدَ الطَّلَبِ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَكُنْ رَهْنًا في الْحَقِيقَةِ لِمَا بَيَّنَّا فَصَارَ كما إذَا رَهَنَ بِدَيْنٍ ثُمَّ تَصَادَقَا على أَنَّهُ لَا دَيْنَ ثُمَّ هَلَكَ الرَّهْنُ أَنَّهُ يَهْلِكُ أَمَانَةً لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا إلَّا إذَا مَنَعَ بَعْدَ الطَّلَبِ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا بِالْمَنْعِ فَيَلْزَمُهُ ضَمَانُ الْغَصْبِ
وَأَمَّا بَيَانُ كَيْفِيَّةِ الضَّمَانِ وَقَدْرِهِ فَالرَّهْنُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ من جِنْسِ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ أو من خِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ فَإِنْ كان من خِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ شيئا وَاحِدًا وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أَشْيَاءَ فَإِنْ كان شيئا وَاحِدًا يَهْلِكُ مَضْمُونًا بِالْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ
وَتَفْسِيرُهُ إذَا رَهَنَ عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفٌ بِأَلْفٍ فَهَلَكَ ذَهَبَ الدَّيْنُ كُلُّهُ وَإِنْ كانت قِيمَةُ الْعَبْدِ أَلْفَيْنِ فَهَلَكَ ذَهَبَ كُلُّ الدَّيْنِ أَيْضًا وَفَضْلُ الرَّهْنِ يَهْلِكُ أَمَانَةً وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ خَمْسَمِائَةٍ ذَهَبَ من الدَّيْنِ خَمْسُمِائَةٍ وَيَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ على الرَّاهِنِ بِفَضْلِ الدَّيْنِ وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ وَجَمَاعَةٍ من الصَّحَابَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ مِثْلُ سَيِّدِنَا عُمَرَ وَعَبْدِ اللَّهِ بن مَسْعُودٍ وهو رَوَاهُ عن سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وَمِنْهُمْ من قال إنَّهُ مَضْمُونٌ بِقِيمَتِهِ بَالِغَةً ما بَلَغَتْ أَيْ على الْمُرْتَهِنِ فَضْلُ قِيمَةِ الرَّهْنِ وَهَكَذَا رُوِيَ عن ابْنِ سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنهما
وَمِنْهُمْ من قال إنَّهُ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ بَالِغًا ما بَلَغَ أَيْ يَذْهَبُ كُلُّ الدَّيْنِ قَلَّتْ قِيمَةُ الدَّيْنِ أو كَثُرَتْ وهو مَذْهَبُ شُرَيْحٍ
وَعَنْ سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي الله عنه رِوَايَةٌ أُخْرَى أَنَّهُ قال يَتَرَادَّانِ الْفَضْلَ يَعْنِي إنْ كانت قِيمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرَ فَلِلرَّاهِنِ أَنْ يَرْجِعَ على الْمُرْتَهِنِ بِفَضْلِ الْقِيمَةِ
وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَرْجِعَ على الرَّاهِنِ بِفَضْلِ الدَّيْنِ وَاخْتِلَافُهُمْ على هذا الْوَجْهِ حُجَّةٌ على الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ في قَوْلِهِ إنَّ الْمَرْهُونَ أَمَانَةٌ لِأَنَّ اخْتِلَافَهُمْ في كَيْفِيَّةِ الضَّمَانِ وَقَدْرِهِ اتِّفَاقٌ منهم على كَوْنِهِ مَضْمُونًا فَإِنْكَارُ الضَّمَانِ أَصْلًا يَرْجِعُ إلَى مُخَالَفَةِ الْإِجْمَاعِ فَكَانَ بَاطِلًا ثُمَّ الرُّجْحَانُ في كَيْفِيَّةِ الضَّمَانِ لِقَوْلِ سَيِّدِنَا عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنهما لِأَنَّ الْمَرْهُونَ مَضْمُونٌ عِنْدَنَا بِطَرِيقِ الِاسْتِيفَاءِ لِأَنَّ قَبْضَ الرَّهْنِ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ وَيَتَقَرَّرُ الِاسْتِيفَاءُ عِنْدَ الْهَلَاكِ فَيَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ فيه بِقَدْرِ الِاسْتِيفَاءِ
فَإِنْ كانت قِيمَةُ الرَّهْنِ مِثْلَ الدَّيْنِ أَمْكَنَ تَحْقِيقُ الِاسْتِيفَاءِ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الدَّيْنِ مِثْلُهُ صُورَةً وَمَعْنًى أو مَعْنًى لَا صُورَةً وإذا كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ لَا يَتَحَقَّقُ الِاسْتِيفَاءُ إلَّا في قَدْرِ الدَّيْنِ وَلَا يَتَحَقَّقُ في الزِّيَادَةِ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْأَقَلِّ من الْأَكْثَرِ يَكُونُ رِبًا
وإذا كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ لَا يُمْكِنُهُ تَحْقِيقُ الِاسْتِيفَاءِ إلَّا بِقَدْرِ الدَّيْنِ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الْأَكْثَرِ من الْأَقَلِّ لَا يُتَصَوَّرُ
هذا إذَا كان الْمَرْهُونُ شيئا وَاحِدًا فَأَمَّا إذَا كان أَشْيَاءَ بِأَنْ رَهَنَ عَبْدَيْنِ أو ثَوْبَيْنِ

أو دَابَّتَيْنِ أو نحو ذلك فَلَا يَخْلُو إمَّا إن أَطْلَقَ الرَّهْنَ ولم يُسَمِّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شيئا من الدَّيْنِ وَإِمَّا إن قَيَّدَ وَسَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَدْرًا مَعْلُومًا من الدَّيْنِ فَإِنْ أَطْلَقَ يُقْسَمُ الدَّيْنُ عَلَيْهِمَا على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا وكان كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونًا بِالْأَقَلِّ من قِيمَةِ نَفْسِهِ وَمِنْ حِصَّتِهِ من الدَّيْنِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَرْهُونٌ وَالْمَرْهُونُ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ فَلَا بُدَّ من قِسْمَةِ الدَّيْنِ على قِيمَتِهِمَا لِيُعْرَفَ قَدْرُ ما في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من الضَّمَانِ كما يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَيْهِمَا في بَابِ الْبَيْعِ بِاعْتِبَارِ قِيمَتِهِمَا لِمَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الثَّمَنِ لِأَنَّ الْمَرْهُونَ مَضْمُونٌ بِالدَّيْنِ كما أَنَّ الْبَيْعَ مَضْمُونٌ بِالثَّمَنِ
وَإِنْ قَيَّدَ كان كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونًا بِالْأَقَلِّ من قيتمه (((قيمته))) وَمِمَّا سمى له لِأَنَّهُ لَمَّا سمي وَجَبَ اعْتِبَارُ التَّسْمِيَةِ فَيُنْظَرُ إلَى الْقَدْرِ الْمُسَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَأَيُّهُمَا هَلَكَ يَهْلِكُ بِالْأَقَلِّ من قميته (((قيمته))) وَمِنْ الْقَدْرِ الْمُسَمَّى كما في بَابِ الْبَيْعِ إذَا سَمَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ من الْمَبِيعَيْنِ ثَمَنًا أَنَّهُ يَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَيْهِمَا بِالْقَدْرِ الْمُسَمَّى كَذَا هذا هذا إذَا كان الْمَرْهُونُ من خِلَافِ جِنْسِ الدَّيْنِ وَهَلَكَ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَأَمَّا إذَا كان من

جِنْسِهِ بِأَنْ رَهَنَ مَوْزُونًا بِجِنْسِهِ أو مَكِيلًا بِجِنْسِهِ وَهَلَكَ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فيه قال أبو حَنِيفَةَ يَهْلِكُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ بِاعْتِبَارِ الْوَزْنِ دُونَ الْقِيمَةِ حتى لو كان وَزْنُ الرَّهْنِ بِمِثْلِ وَزْنِ الدَّيْنِ وَقِيمَتُهُ أَقَلَّ منه فَهَلَكَ يَذْهَبُ كُلُّ الدَّيْنِ عِنْدَهُ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ يَضْمَنُ الْقِيمَةَ من خِلَافِ الْجِنْسِ على ما نَذْكُرُ
فَمِنْ أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْوَزْنُ دُونَ الْقِيمَةِ في الْهَالِكِ وَمِنْ أَصْلِهِمَا أَنَّهُمَا يَعْتَبِرَانِ الْوَزْنَ فِيمَا لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ الْمُرْتَهِنُ فَأَمَّا فِيمَا يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيَضْمَنَانِ الْقِيمَةَ من خِلَافِ الْجِنْسِ
وَأَمَّا في الِانْكِسَارِ فَأَبُو حَنِيفَةَ يُضَمِّنُ الْقِيمَةَ وَكَذَلِكَ أبو يُوسُفَ عِنْدَ الِاسْتِوَاءِ في الْوَزْنِ وَالْقِيمَةِ وَلَا يَرَيَانِ الْجَعْلَ بِالدَّيْنِ أَصْلًا وَمُحَمَّدٌ يَجْعَلُ بِالدَّيْنِ لَكِنْ عِنْدَ الْإِمْكَانِ بِأَنْ لَا يُؤَدِّيَ ذلك إلَى الضَّرَرِ بِالرَّاهِنِ وَلَا بِالْمُرْتَهِنِ وَلَا يُؤَدِّيَ إلَى الرِّبَا فَإِنْ أَدَّى إلَى شَيْءٍ مِمَّا ذَكَرْنَا فإنه لَا يَجْعَلُ بِالدَّيْنِ أَيْضًا
وإذا كانت قِيمَةُ الرَّهْنُ أَكْثَرَ فَأَبُو يُوسُفَ يَجْعَلُ النُّقْصَانَ الْحَاصِلَ بِالِانْكِسَارِ شَائِعًا في قَدْرِ الْأَمَانَةِ وَالْمَضْمُونِ فما كان في الْأَمَانَةِ يَذْهَبُ بِغَيْرِ شَيْءٍ وما كان في الْمَضْمُونِ يَضْمَنُ الْمُرْتَهِنُ قِيمَتَهُ ويهلك (((ويملك))) من الرَّهْنِ بِقَدْرِهِ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَصْرِفُ النُّقْصَانَ إلَى الزِّيَادَةِ
وإذا كَثُرَ النُّقْصَانُ حتى انْتَقَصَ من الدَّيْنِ يُخَيَّرُ الرَّاهِنُ بين أَنْ يَفْتَكَّهُ وَبَيْنَ أَنْ يَجْعَلَهُ بِالدَّيْنِ
وَمِنْ أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ الزُّيُوفِ من الْجِيَادِ حتى لو أَخَذَ صَاحِبُ الدَّيْنِ الزُّيُوفَ عن الْجِيَادِ ولم يَعْلَمْ بِهِ حتى هَلَكَ عِنْدَهُ سَقَطَ دَيْنُهُ وَكَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ إلَّا أَنَّ مُحَمَّدًا تَرَكَ أَصْلَهُ في الرَّهْنِ
وعن (((وعند))) أبي يُوسُفَ لَا يَسْقُطُ بَلْ يَرُدُّ مِثْلَ ما قَبَضَ وَيَأْخُذُ مِثْلَ حَقِّهِ فَمِنْ أَصْلِهِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ الزُّيُوفِ عن الْجِيَادِ فَهَذِهِ أُصُولُ هذه الْمَسَائِلِ

وَأَمَّا تَخْرِيجُهَا على هذه الْأُصُولِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إذَا كان الدَّيْنُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَرَهَنَ بِهِ قُلْبَ فِضَّةٍ فَهَلَكَ أو انْكَسَرَ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَوَزْنُ الْقُلْبِ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلَ وَزْنِ الدَّيْنِ بِأَنْ كان عَشَرَةً أو (((وإما))) إما أَنْ يَكُونَ أَقَلَّ من وَزْنِهِ بِأَنْ كان ثَمَانِيَةً وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ من وَزْنِهِ بِأَنْ كان اثْنَيْ عَشَرَ وَكُلُّ وَجْهٍ من هذه الْوُجُوهِ يَدْخُلُهُ الْهَلَاكُ وَالِانْكِسَارُ فَإِنْ كان وَزْنُ الْقُلْبِ مِثْلَ وَزْنِ الدَّيْنِ عَشَرَةً فَإِنْ كانت قِيمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِهِ فَهَلَكَ يَهْلِكُ بِالدَّيْنِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ في وَزْنِهِ وقميته (((وقيمته))) وَفَاءً بِالدَّيْنِ وَلَا ضَرَرَ فيه بِأَحَدٍ وَلَا فيه رِبًا فَيَهْلِكُ بِالدَّيْنِ على ما هو حُكْمُ الرَّهْنِ عِنْدَنَا

وَإِنْ انْكَسَرَ وَانْتَقَصَ لَا يُجْبَرُ الرَّاهِنُ على الِافْتِكَاكِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ لو افْتَكَّهُ إمَّا أَنْ يَفْتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَإِمَّا أَنْ يَسْقُطَ شَيْءٌ من الدَّيْنِ بِمُقَابَلَةِ النُّقْصَانِ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ فيه ضَرَرًا بِالرَّاهِنِ لِفَوَاتِ حَقِّهِ عن الْجَوْدَةِ وَالصِّنَاعَةِ من غَيْرِ عِوَضٍ وَلَا سَبِيلَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا لِأَنَّ الدَّيْنَ وَالرَّهْنَ يَسْتَوِيَانِ في الْوَزْنِ وَالْجَوْدَةُ لَا قِيمَةَ لها شَرْعًا عِنْدَ مُقَابَلَتِهَا بِجِنْسِهَا فَكَانَتْ مُلْحَقَةً بِالْعَدَمِ شَرْعًا فَيَكُونُ إيفَاءُ عَشَرَةٍ بِثَمَانِيَةٍ فَتَكُونُ رِبًا فَيَتَخَيَّرُ إنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَرَضِيَ بِالنُّقْصَانِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ قِيمَتَهُ بَالِغَةً ما بَلَغَتْ فَكَانَتْ رَهْنًا مَكَانَهُ وَيَصِيرُ الْقُلْبُ مِلْكًا لِلْمُرْتَهِنِ بِالضَّمَانِ وَهَذَا قَوْلُ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ

وقال مُحَمَّدٌ إنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَإِنْ شَاءَ جَعَلَهُ بِالدَّيْنِ وَيَصِيرُ مِلْكَ الْمُرْتَهِنِ بِدَيْنِهِ

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ ضَمَانَ الْقِيمَةِ لَا يُنَاسِبُ قَبْضَ الرَّهْنِ لِأَنَّ ذلك مُوجِبُ قَبْضٍ هو تعدي (((تعد))) كَقَبْضِ الْغَصْبِ وَقَبْضُ الرَّهْنِ مَأْذُونٌ فيه فَلَا يُنَاسِبُ ضَمَانَ الْقِيمَةِ وَيُنَاسِبُهُ الْجَعْلُ بِالدَّيْنِ لِأَنَّهُ قَبْضُ اسْتِيفَاءٍ وفي الْجَعَلِ بِالدَّيْنِ تَقْرِيرُ الِاسْتِيفَاءِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ جَعْلَ الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ حَالَ قِيَامِهِ من أَعْمَالِ الْجَاهِلِيَّةِ جاء الْإِسْلَامُ وَأَبْطَلَهُ بِقَوْلِهِ لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ وَالْجَعْلُ بِالدَّيْنِ غَلْقُ الرَّهْنِ فَكَانَ بَاطِلًا وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ مِلْكَ الرَّهْنِ بِالدَّيْنِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ حُكْمَ هذا التَّصَرُّفِ وإن حُكْمَهُ مِلْكُ الْيَدِ وَالْحَبْسُ لَا مِلْكُ الْعَيْنِ وَالرَّقَبَةِ

فَأَمَّا ضَمَانُ الْقِيمَةِ فَيَصْلُحُ حُكْمًا له في الْجُمْلَةِ أَلَا تَرَى أَنَّ مُحَمَّدًا يقول بِهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْجَعْلِ بِالدَّيْنِ على ما نَذْكُرُ

وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ من وَزْنِ الدَّيْنِ بِأَنْ كانت ثَمَانِيَةً فَهَلَكَ يَهْلِكُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ الْوَزْنَ دُونَ الْقِيمَةِ عِنْدَ الْهَلَاكِ وفي وَزْنِهِ وَفَاءُ الدَّيْنِ وَعِنْدَهُمَا لَا يَهْلِكُ بِالدَّيْنِ وَيَضْمَنُ الْمُرْتَهِنُ قِيمَتَهُ من خِلَافِ جِنْسِهِ وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ لو هَلَكَ بِالدَّيْنِ إمَّا أَنْ يَهْلِكَ بِوَزْنِهِ وَإِمَّا أَنْ يَهْلِكَ بِقِيمَتِهِ لَا سَبِيلَ إلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّ فيه ضَرَرًا بِالْمُرْتَهِنِ وَلَا وَجْهَ إلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا فَيُخَيَّرُ الْمُرْتَهِنُ بين أَنْ يَرْضَى بِسُقُوطِ الدَّيْنِ وَبَيْنَ أَنْ يَضْمَنَ قِيمَةَ الرَّهْنِ من خِلَافِ جِنْسِهِ فَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ إن قَبْضَ الرَّهْنِ قبض (((قبل))) استيفاء (((الاستيفاء))) وَالْجَيِّدَ وَالرَّدِيءَ في الِاسْتِيفَاءِ على السَّوَاءِ لِأَنَّ اسْتِيفَاءَ الزُّيُوفِ عن الْجِيَادِ جَائِزٌ عِنْدَهُ وَإِنْ

انْكَسَرَ فَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ قِيمَتَهُ من خِلَافِ جِنْسِهِ بِالْإِجْمَاعِ وَلَيْسَ له خِيَارُ الْجَعْلِ بِالدَّيْنِ هُنَا بِلَا خِلَافٍ
أَمَّا على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فَلِأَنَّهُمَا لَا يَرَيَانِ الْجَعْلَ بِالدَّيْنِ أَصْلًا
وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ إنْ كان يَرَى ذلك لَكِنْ عِنْدَ الْإِمْكَانِ وَهَهُنَا لَا يُمْكِنُ لِأَنَّهُ لو جَعَلَ الدَّيْنَ بِاعْتِبَارِ الْوَزْنِ يُؤَدِّي إلَى الضَّرَرِ بِالْمُرْتَهِنِ حَيْثُ يَصِيرُ الرَّهْنُ الذي قِيمَتُهُ ثَمَانِيَةٌ بِعَشَرَةٍ
وَلَوْ جُعِلَ بِاعْتِبَارِ الْقِيمَةِ يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا فَمَسَّتْ الضَّرُورَةُ إلَى ضَمَانِ الْقِيمَةِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ من وَزْنِهِ بِأَنْ كانت اثْنَيْ عَشَرَ فَهَلَكَ يَهْلِكُ بِالدَّيْنِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ اعْتِبَارًا لِلْوَزْنِ وَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ الْجَوْدَةَ هُنَا فَضْلٌ فَكَانَ أَمَانَةً بِمَنْزِلَةِ الْفَضْلِ في الْوَزْنِ
أَمَّا على قَوْلِ أبي يُوسُفَ فَقِيلَ يَضْمَنُ الْمُرْتَهِنُ قِيمَةَ خَمْسَةِ أَسْدَاسِ الْقُلْبِ من الذَّهَبِ وَيَرْجِعُ بِدَيْنِهِ لِأَنَّ الْجَوْدَةَ عِنْدَهُ مَضْمُونَةٌ وَقِيلَ يَهْلِكُ بِالدَّيْنِ عِنْدَهُ أَيْضًا لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ الْوَزْنَ في الْهَلَاكِ لَا الْجَوْدَةَ وَإِنَّمَا يَعْتَبِرُ الْجَوْدَةَ في الِانْكِسَارِ
وَإِنْ انْكَسَرَ فَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ إنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِالدَّيْنِ مع النُّقْصَانِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ من خِلَافِ جِنْسِهِ فَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ لِمَا ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ سَوَاءٌ كان النُّقْصَانُ الْحَاصِلُ بِالِانْكِسَارِ قَدْرَ دِرْهَمٍ بِأَنْ عَادَتْ قِيمَتُهُ إلَى أَحَدَ عَشَرَ أو قَدْرَ دِرْهَمَيْنِ بِأَنْ عَادَتْ قِيمَتُهُ عَشَرَةً أو أَكْثَرَ من ذلك بِأَنْ صَارَتْ قِيمَتُهُ ثَمَانِيَةً
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ إنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِالدَّيْنِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ قميته (((قيمته))) خَمْسَةَ أَسْدَاسِ الْقُلْبِ من خلال (((خلاف))) جِنْسِهِ فيصير (((فتصير))) خَمْسَةُ أَسْدَاسِ الرَّهْنِ مِلْكًا لِلْمُرْتَهِنِ بِالضَّمَانِ
وَسُدُسُ الرَّهْنِ مع خَمْسَةِ أَسْدَاسِ الْقِيمَةِ رَهْنًا بِالدَّيْنِ لِأَنَّ من أَصْلِهِ أَنْ يُجْعَلَ قَدْرُ النُّقْصَانِ الْحَاصِلِ بِالِانْكِسَارِ شَائِعًا في قَدْرِ الْأَمَانَةِ وَالْمَضْمُونُ وَالْقَدْرُ الذي في الْأَمَانَةِ يَذْهَبُ بِغَيْرِ شَيْءٍ وَالْقَدْرُ الذي في الْمَضْمُونِ يَضْمَنُ قِيمَتَهُ فَيَصِيرُ ذلك الْقَدْرُ من الرَّهْنِ مِلْكًا له
وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُنْظَرُ إلَى النُّقْصَانِ إنْ كان قَدْرَ دِرْهَمٍ أو دِرْهَمَيْنِ لَا ضَمَانَ على الْمُرْتَهِنِ وَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ على الْفِكَاكِ
وَإِنْ زَادَ على ذلك يُخَيَّرُ بين الْفِكَاكِ وَبَيْنَ الْجَعْلِ بِالدَّيْنِ كما لو كانت قِيمَتُهُ وَوَزْنُهُ سَوَاءً لِأَنَّ من أَصْلِهِ أَنَّهُ يَصْرِفُ النُّقْصَانَ الْحَاصِلَ بِالِانْكِسَارِ إلَى الْجَوْدَةِ الزَّائِدَةِ إلَّا إذَا كَثُرَ النُّقْصَانُ حتى عَادَتْ قِيمَتُهُ إلَى ثَمَانِيَةٍ فَلَهُ أَنْ يَجْعَلَهُ بِالدَّيْنِ إنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ افْتَكَّهُ وَقِيلَ إنَّ على قَوْلِهِ له أَنْ يُضَمِّنَهُ كما قال أبو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لِمَا في الْجَعْلِ بِالدَّيْنِ من إسْقَاطِ حَقِّهِ عن الْجَوْدَةِ
هذا إذَا كان وَزْنُ الْقُلْبِ مِثْلَ وَزْنِ الدَّيْنِ عَشَرَةً فَأَمَّا إذَا كان أَقَلَّ من وَزْنِهِ ثَمَانِيَةً فَإِنْ كانت قِيمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِهِ فَهَلَكَ يَهْلِكُ بِمِثْلِ وَزْنِهِ من الدَّيْنِ وهو ثَمَانِيَةٌ بِالْإِجْمَاعِ
وَإِنْ انْكَسَرَ فَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِالدَّيْنِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُرْتَهِنَ قِيمَتَهُ من خِلَافِ جِنْسِهِ فَكَانَتْ رَهْنًا وَالْقُلْبُ لِلْمُرْتَهِنِ بِالضَّمَانِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ إنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِالدَّيْنِ وَإِنْ شَاءَ جَعَلَهُ بِمِثْلِ وَزْنِهِ من الدَّيْنِ لِمَا قُلْنَا
وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ من وَزْنِهِ سَبْعَةً فَهَلَكَ يَهْلِكُ بِثَمَانِيَةٍ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ اعْتِبَارًا لِلْوَزْنِ وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ قِيمَتَهُ من خِلَافِ جِنْسِهِ لِمَا بَيَّنَّا وَإِنْ انْكَسَرَ ضَمِنَ الْقِيمَةَ بِالْإِجْمَاعِ
أَمَّا على قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ فَلِأَنَّهُمَا لَا يُجِيزَانِ الْجَعْلَ بِالدَّيْنِ حَالَ

قِيَامِ الرَّهْنِ أَصْلًا وَرَأْسًا وَمُحَمَّدٌ إنْ كان يُجِيزُهُ لَكِنَّ بشريطة (((شريطة))) انْعِدَامِ الضَّرَرِ وفي الْجَعْلِ بِالدَّيْنِ هُنَا ضَرَرٌ بِالْمُرْتَهِنِ وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ من وَزْنِهِ فَكَانَتْ تِسْعَةً أو كانت مِثْلَ الدَّيْنِ عَشَرَةً فَهَلَكَ يَهْلِكُ بِقَدْرِ وَزْنِهِ ثَمَانِيَةٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ الْقِيمَةَ وَإِنْ انْكَسَرَ إنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِالدَّيْنِ وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْقِيمَةَ بِالْإِجْمَاعِ لِمَا ذَكَرْنَا

وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ من الدَّيْنِ اثْنَيْ عَشَرَ فَهَلَكَ يَهْلِكُ بِثَمَانِيَةٍ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَضْمَنُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيمَتِهِ وَإِنْ انْكَسَرَ فَعِنْدَ أبي حَنِيفَةَ إنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِالدَّيْنِ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ جَمِيعَ الْقِيمَةِ وَكَانَتْ قِيمَتُهُ رَهْنًا وَالْقُلْبُ مِلْكًا لِلْمُرْتَهِنِ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَضْمَنُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ قِيمَتِهِ وَيَكُونُ سُدُسُ الْقُلْبِ مع خَمْسَةِ أَسْدَاسِ قِيمَتِهِ رَهْنًا عِنْدَهُ بِالدَّيْنِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَصْرِفُ النُّقْصَانَ الْحَاصِلَ بِالِانْكِسَارِ بِالْأَمَانَةِ إنْ قَلَّ النُّقْصَانُ بِأَنْ كان دِرْهَمًا أو دِرْهَمَيْنِ وَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ على الِافْتِكَاكِ وَإِنْ كان أَكْثَرَ من ذلك يُخَيَّرُ الرَّاهِنُ بين الِافْتِكَاكِ وَبَيْنَ الْجَعْلِ بِالدَّيْنِ

هذا إذَا كان وَزْنُ الْقُلْبِ أَقَلَّ من وَزْنِ الدَّيْنِ ثَمَانِيَةً فَأَمَّا إذَا كان أَكْثَرَ من وَزْنِهِ اثْنَا عَشَرَ فَإِنْ كانت قِيمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِهِ اثْنَيْ عَشَرَ فَهَلَكَ سَقَطَ الدَّيْنُ وَالزِّيَادَةُ على الدَّيْنِ تَهْلِكُ بِلَا أمانة خِلَافٍ وَإِنْ انْكَسَرَ ضَمِنَ خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ له أَنْ يَجْعَلَ خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ بِالدَّيْنِ وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ من وَزْنِهِ

وَأَكْثَرَ من الدَّيْنِ بِأَنْ كانت أَحَدَ عَشَرَ فَهَلَكَ سَقَطَ الدَّيْنُ بِخَمْسَةِ أَسْدَاسِهِ وَالزِّيَادَةُ تَهْلِكُ أَمَانَةً عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَلَا رِوَايَةَ عنهما في هذا الْفَصْلِ

وَإِنْ انْكَسَرَ ضَمِنَ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ الْقُلْبِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ لَا يَعْتَبِرُ الْجَوْدَةَ وَلَا يَرَى الْجَعْلَ بِالدَّيْنِ

وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَكَذَا

وَكَذَلِكَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِتَعَذُّرِ التَّمْلِيكِ بِالدَّيْنِ لِمَا فيه من الضَّرَرِ

وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ مِثْلَ وَزْنِ الدَّيْنِ عَشَرَةً فَهَلَكَ يَهْلِكُ خَمْسَةُ أَسْدَاسٍ بِالدَّيْنِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ الْوَزْنَ وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ وَيَرْجِعُ بِحَقِّهِ وَإِنْ انْكَسَرَ ضَمِنَ خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا يَغْرَمُ جَمِيعَ الْقِيمَةِ وَلَا يُمْكِنُ الْجَعْلُ بِالدَّيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا

وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ من الدَّيْنِ ثَمَانِيَةً فَهَلَكَ ذَهَبَ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ بِالدَّيْنِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَإِنْ انْكَسَرَ ضَمِنَ خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ وَعِنْدَهُمَا يَغْرَمُ الْقِيمَةَ في الْحَالَيْنِ وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ خَمْسَةَ عَشَرَ فَهَلَكَ يَهْلِكُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ بِالدَّيْنِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَإِنْ انْكَسَرَ ضَمِنَ خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ ثُمَّ في كل مَوْضِعٍ ضَمِنَ الْمُرْتَهِنُ بَعْضَ الْقُلْبِ وَهَلَكَ ذلك الْقَدْرُ بِالضَّمَانِ وَصَارَ شَرِيكًا فَهَذَا شُيُوعٌ طارىء (((طارئ)))

فَعَلَى جَوَابِ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يُقْطَعُ الْقُلْبُ فَيَكُونُ الْبَاقِي مع الْقَدْرِ الذي غَرِمَ رَهْنًا لِأَنَّ الشُّيُوعَ يَمْنَعُ صِحَّةَ الرَّهْنِ مُقَارِنًا كان أو طَارِئًا وَعَلَى رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ لَا حَاجَةَ إلَى الْقَطْعِ لِأَنَّ الشُّيُوعَ الطارىء لَا يَمْنَعُ بَقَاءَ الْعَقْدِ على الصِّحَّةِ

وَأَمَّا الرَّهْنُ الْفَاسِدُ فَلَا حُكْمَ له حَالَ قِيَامِ الْمَرْهُونِ حتى لَا يَثْبُتَ لِلْمُرْتَهِنِ حَقُّ الْحَبْسِ وَلِلرَّاهِنِ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ منه فَإِنْ مَنَعَهُ حتى هَلَكَ يَضْمَنْ مثله إنْ كان له مِثْلٌ وَقِيمَتَهُ إنْ لم يَكُنْ له مِثْلٌ لِأَنَّهُ صَارَ غَاصِبًا بِالْمَنْعِ وَالْمَغْصُوبُ مَضْمُونٌ على الْغَاصِبِ بِالْمِثْلِ أو بِالْقِيمَةِ وَإِنْ لم يُوجَدْ الْمَنْعُ من الْمُرْتَهِنِ حتى هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِهِ ذكره الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إنه يَهْلِكُ أَمَانَةً لِأَنَّ الرَّهْنَ إذَا لم يَصِحَّ كان الْقَبْضُ قَبْضَ أَمَانَةٍ لِأَنَّهُ قَبَضَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ فَأَشْبَهَ قَبْضَ الْوَدِيعَةِ

وَحَكَى الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ ذَكَرَ في الْجَامِعِ الْكَبِيرِ أَنَّ كُلَّ ما هو مَحَلٌّ لِلرَّهْنِ الصَّحِيحِ فإذا رَهَنَهُ رَهْنًا فَاسِدًا فَهَلَكَ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ يَهْلِكُ بِالْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ وَكُلُّ ما ليس بِمَحَلٍّ لِلرَّهْنِ الصَّحِيحِ لَا يَكُونُ مَضْمُونًا بِالرَّهْنِ الْفَاسِدِ كَالْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ وَهَذَا يَدُلُّ على أَنَّ الْفَسَادَ كان لِمَعْنًى في نَفْسِ الْمَرْهُونِ لَا يَكُونُ مَضْمُونًا بَلْ يَكُونُ أَمَانَةً وَإِنْ كان الْفَسَادُ لِمَعْنًى في غَيْرِهِ يَكُونُ مَضْمُونًا

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْمَرْهُونَ مَضْمُونٌ بِالْقَبْضِ وَلَا فَسَادَ في الْقَبْضِ إلَّا أَنَّ شَرْطِ كَوْنِ الْمَقْبُوضِ مَضْمُونًا أَنْ يَكُونَ مَالًا مُطْلَقًا مُتَقَوِّمًا كَالْمَقْبُوضِ بِالْبَيْعِ الْفَاسِدِ فَإِنْ وُجِدَ الشَّرْطُ يَكُونُ مَضْمُونًا وَإِلَّا فَلَا هذا الذي ذَكَرْنَا حُكْمُ هَلَاكِ الْمَرْهُونِ

وَأَمَّا حُكْمُ اسْتِهْلَاكِهِ فَنَقُولُ الْمَرْهُونُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ من بَنِي آدَمَ كَالْعَبْدِ وَالْأَمَةِ وأما إنْ كان من غَيْرِ بَنِي آدَمَ من سَائِرِ الْأَمْوَالِ فَإِنْ كان من غَيْرِ بَنِي آدَمَ فَاسْتَهْلَكَهُ أَجْنَبِيٌّ ضَمِنَ قِيمَتَهُ إنْ كان مِمَّا لَا مِثْلَ له وَمِثْلَهُ إنْ كان مِمَّا له مِثْلٌ كما إذَا لم يَكُنْ مَرْهُونًا وَالْمُرْتَهِنُ هو الْخَصْمُ في تَضْمِينِهِ وكان الضَّمَانُ رَهْنًا لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَرْهُونِ

ثُمَّ إنْ كان الضَّمَانُ من جِنْسِ الدَّيْنِ وَالدَّيْنُ حَالٌّ اسْتَوْفَاهُ بِدَيْنِهِ وَإِنْ كان الدَّيْنُ لم يَحِلَّ حَبَسَهُ رَهْنًا مَكَانَهُ وَكَذَلِكَ لو اسْتَهْلَكَهُ الْمُرْتَهِنُ لِأَنَّهُ لو أَتْلَفَ مَالًا مَمْلُوكًا مُتَقَوِّمًا بِغَيْرِ إذْنِ مَالِكِهِ فَيَضْمَنُ مثله أو قِيمَتَهُ كما لو أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ وكان رَهْنًا مَكَانَهُ وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ الرَّاهِنُ فَإِنْ كان الدَّيْنُ حَالًّا يُطَالَبُ بِالدَّيْنِ لَا فَائِدَةَ في الْمُطَالَبَةِ بِالضَّمَانِ فَيُطَالَبُ بِالدَّيْنِ وَإِنْ كان لم يَحِلَّ أَخَذَ الْمُرْتَهِنُ منه الضمان (((بالضمان))) فَأَمْسَكَهُ إلَى أَنْ يَحِلَّ الدَّيْنُ

وإذا كان في الرَّهْنِ نَمَاءٌ كَاللَّبَنِ وَالْوَلَدِ فَاسْتَهْلَكَهُ الْمُرْتَهِنُ أو الرَّاهِنُ أو أَجْنَبِيٌّ بِأَنْ كان الرَّهْنُ شَاةً قِيمَتُهَا عَشَرَةٌ بِعَشَرَةٍ فَحُلِبَتْ أو وَلَدَتْ فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ أَمَّا وُجُوبُ الضَّمَانِ على الْأَجْنَبِيِّ وَالْمُرْتَهِنِ فَظَاهِرٌ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِلْكُ الرَّاهِنِ وَإِتْلَافُ مَالٍ مَمْلُوكٍ لِلْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ يُوجِبُ الضَّمَانَ

وَأَمَّا وُجُوبُهُ على الرهن (((الراهن))) فَلِأَنَّ الْمُتْلَفَ وَإِنْ كان مَمْلُوكًا له لَكِنْ لِلْمُرْتَهِنِ فيه حَقٌّ قَوِيٌّ فَيَلْحَقُ بِالْمِلْكِ في حَقِّ وُجُوبِ الضَّمَانِ وإذا وَجَبَ الضَّمَانُ على الْمُتْلِفِ كان الضَّمَانُ مع الشَّاةِ رَهْنًا عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّهُ بَدَلُ الْمَرْهُونِ فَيَقُومُ مَقَامَهُ فَإِنْ هَلَكَ الضَّمَانُ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الدَّيْنِ لِأَنَّهُ بَدَلُ ما ليس بِمَضْمُونٍ بِالدَّيْنِ فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْأَصْلِ وَالْأَصْلُ لو هَلَكَ يَهْلِكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ كَذَا الْبَدَلُ وَإِنْ هَلَكَتْ الشَّاةُ سَقَطَتْ حِصَّتُهَا من الدَّيْنِ لِأَنَّهَا مَرْهُونَةٌ مَقْصُودَةٌ فَكَانَتْ مَضْمُونَةً بِالْهَلَاكِ وَيَفْتَكُّ الرَّاهِنُ ضَمَانَ الزِّيَادَةِ بِقَدْرِهَا من الدَّيْنِ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ تَصِيرُ مَقْصُودَةً بِالْفِكَاكِ فَيَصِيرُ لها حِصَّةٌ من الدَّيْنِ

هذا إذَا كان الِاسْتِهْلَاكُ بِغَيْرِ إذْنٍ فَأَمَّا إذَا كان بِإِذْنٍ بِأَنْ قال الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ احْلِبْ الشَّاةَ فما حَلَبْتَ

فَهُوَ حَلَالٌ لك أو قال له كُلْ هذا الْحِمْلَ فَحَلَبَ وَشَرِبَ وَأَكَلَ حَلَّ له ذلك وَلَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِلْكُ الرَّاهِنِ فَيَصِحُّ إذْنُهُ بِالْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَلَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من دَيْنِ الْمُرْتَهِنِ حتى لو جاء الرَّاهِنُ يَفْتَكُّ الشَّاةَ يَفْتَكُّهَا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ لِأَنَّ إتْلَافَ الْمُرْتَهِنِ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ مُضَافٌ إلَى الرَّاهِنِ كَأَنَّهُ أَتْلَفَهُ بِنَفْسِهِ
وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَكَانَ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من الدَّيْنِ وكان عليه ضَمَانُ الْمُتْلَفِ كَذَا هذا
وَإِنْ لم يَفْتَكَّهَا حتى هَلَكَ تَهْلِكُ بِحِصَّتِهَا من الدَّيْنِ فَيُقْسَمُ الدَّيْنُ عليها وَعَلَى لَبَنِهَا أو وَلَدِهَا على قَدْرِ قِيمَتِهَا فما كان حِصَّةَ الشَّاةِ يَسْقُطُ وما كان حِصَّةَ الزِّيَادَةِ يَبْقَى وَيُخَاطَبُ الرَّاهِنُ بِقَضَائِهِ لِأَنَّ فِعْلَ الْمُرْتَهِنِ لَمَّا كان مُضَافًا إلَى الرَّاهِنِ كان مَضْمُونًا عليه كَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ فَيَصِيرُ لِلزِّيَادَةِ حِصَّةٌ من الدَّيْنِ فَيُنْظَرُ إلَى قِيمَةِ الزِّيَادَةِ فَإِنْ كان فيها خَمْسَةٌ كان فيها ثُلُثُ الدَّيْنِ وفي الشَّاةِ ثُلُثَاهُ فإذا هَلَكَتْ الشَّاةُ ذَهَبَ ثُلُثَا الدَّيْنِ وَبَقِيَ الثُّلُثُ وَعَلَى الرَّاهِنِ قَضَاؤُهُ وَكَذَلِكَ لو اسْتَهْلَكَهُ أَجْنَبِيٌّ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ فَالْجَوَابُ فيه وفي الْمُرْتَهِنِ إذَا اسْتَهْلَكَهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ سَوَاءٌ وقد ذَكَرْنَاهُ
وَلَوْ اسْتَهْلَكَهُ الرَّاهِنُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ لَا شَيْءَ عليه لِأَنَّ الضَّمَانَ لو وَجَبَ لَوَجَبَ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ لَا لِحَقِّ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ وقد أَبْطَلَ الْمُرْتَهِنُ حَقَّ نَفْسِهِ بِالْإِذْنِ فَلَا يَسْتَحِقُّ الضَّمَانَ وَجُعِلَ كَأَنَّ الزِّيَادَةَ هَلَكَتْ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ وَبَقِيَتْ الشَّاةُ رَهْنًا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَإِنْ كان الْمَرْهُونُ من بَنِي آدَمَ فَجَنَى عليه فَجُمْلَةُ الْكَلَامِ في جِنَايَاتِ الرَّهْنِ أنها ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ جِنَايَةُ غَيْرِ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ وَجِنَايَةُ الرَّهْنِ على غَيْرِ الرَّهْنِ وَجِنَايَةُ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ
أَمَّا جِنَايَةُ غَيْرِ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ فَلَا يَخْلُو إمَّا إن كانت الْجِنَايَةُ في النَّفْسِ وَإِمَّا إن كانت فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَكُلُّ ذلك لَا يَخْلُو إمَّا إن كان عَمْدًا أو خَطَأً أو في مَعْنَى الْخَطَأِ وَالْجَانِي لَا يَخْلُو إمَّا إن كان حُرًّا أو عَبْدًا فَإِنْ كانت في النَّفْسِ عَمْدًا وَالْجَانِي حُرٌّ فَلِلرَّاهِنِ أَنْ يَقْتَصَّ إذَا اجْتَمَعَا على الِاقْتِصَاصِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وقال مُحَمَّدٌ ليس له الِاقْتِصَاصُ وَإِنْ اجْتَمَعَا عليه
وَعَنْ أبي يُوسُفَ رِوَايَتَانِ كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ الِاخْتِلَافَ
وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ على قَاتِلِهِ وَإِنْ اجْتَمَعَ عليه الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ ولم يذكر الْخِلَافَ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ لَا بُدَّ له من وَلِيٍّ وَالْوَلِيُّ هُنَا غَيْرُ مَعْلُومٍ لِأَنَّ مِلْكَ الْعَيْنِ وَالرَّقَبَةِ لِلرَّاهِنِ وَمِلْكَ الْيَدِ وَالْحَبْسِ لِلْمُرْتَهِنِ فَكَانَ الْعَبْدُ مُضَافًا إلَى الرَّاهِنِ من وَجْهٍ وَإِلَى الْمُرْتَهِنِ من وَجْهٍ فَصَارَ الْوَلِيُّ مُشْتَبَهًا مَجْهُولًا وَجَهَالَةُ الْوَلِيِّ تَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ كَعَبْدِ الْمُكَاتَبِ إذَا قُتِلَ عَمْدًا أَنَّهُ لَا يُقْتَصُّ من قَاتِلِهِ وَإِنْ اجْتَمَعَ عليه الْمَوْلَى وَالْمُكَاتَبُ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ بين اثْنَيْنِ إذَا قُتِلَ عَمْدًا أَنَّ لَهُمَا الِاقْتِصَاصَ إذَا اجْتَمَعَا عليه لِأَنَّ هُنَاكَ الْوِلَايَةَ لَهُمَا ثَابِتَةٌ على الشَّرِكَةِ لِثُبُوتِ الْمِلْكِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في النِّصْفِ من كل وَجْهٍ فَكَانَ الْوَلِيُّ مَعْلُومًا فَأَمْكَنَ الْقَوْلُ بِوُجُوبِ الْقِصَاصِ لَهُمَا على الشَّرِكَةِ لِاسْتِوَائِهِمَا في الْمِلْكِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمِلْكَ لِلرَّاهِنِ من كل وَجْهٍ وَإِنَّمَا لِلْمُرْتَهِنِ حَقُّ الْحَبْسِ فَقَطْ وَالْمِلْكُ سَبَبٌ لِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ فَكَانَ الْوَلِيُّ مَعْلُومًا وكان يَنْبَغِي أَنْ لَا تَتَوَقَّفَ وِلَايَةُ الِاسْتِيفَاءِ على رِضَا الْمُرْتَهِنِ إلَّا أَنَّهُ تَوَقَّفَ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِهِ فإذا رضي فَقَدْ زَالَ الْمَانِعُ بِخِلَافِ عبد الْمُكَاتَبِ لِأَنَّ الْمِلْكَ فيه لِلْمَوْلَى من وَجْهٍ وَلِلْمُكَاتَبِ من وَجْهٍ فلم يَكُنْ الْمِلْكُ فيه ثَابِتًا لِلْمَوْلَى مُطْلَقًا وَلَا لِلْمُكَاتَبِ

مُطْلَقًا فَأَشْبَهَ الْوَلِيَّ فَامْتَنَعَ الِاسْتِيفَاءُ وإذا أُقْتُصِّ الْقَاتِلُ سَقَطَ الدَّيْنُ لِأَنَّ الْعَبْدَ إنَّمَا كان رَهْنًا من حَيْثُ إنَّهُ مَالٌ وقد بَطَلَتْ مَالِيَّتُهُ بِالْقَتْلِ لَا إلَى بَدَلٍ إذْ الْقِصَاصُ لَا يَصْلُحُ بَدَلًا عن الْمَالِيَّةِ فَسَقَطَ الْقِصَاصُ كما لو هَلَكَ بِنَفْسِهِ
هذا إذَا اجْتَمَعَا علي الْقِصَاصِ فَأَمَّا إذَا اخْتَلَفَا لَا يُقْتَصُّ الْقَاتِلُ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إلَى إثْبَاتِ الِاقْتِصَاصِ لِلْمُرْتَهِنِ لِعَدَمِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ وَلَا لِلرَّاهِنِ لِأَنَّ في اسْتِيفَائِهِ إبْطَالَ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ وهو الدَّيْنُ من غَيْرِ رِضَاهُ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَعَلَى الْقَاتِلِ قِيمَةُ الْمَقْتُولِ في مَالِهِ في ثَلَاثِ سِنِينَ وَكَانَتْ الْقِيمَةُ رَهْنًا
وَلَوْ اخْتَلَفَا فَأَبْطَلَ الْقَاضِي الْقِصَاصَ ثُمَّ قَضَى الرَّاهِنُ الدَّيْنَ فَلَا قِصَاصَ لِأَنَّ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ وَإِنْ بَطَلَ بِالْفِكَاكِ لَكِنْ بعدما حَكَمَ الْقَاضِي بِبُطْلَانِ الْقِصَاص فَلَا يَحْتَمِلُ الْعَوْدَ وَإِنْ كانت الْجِنَايَةُ خَطَأً أو شِبْهَ عَمْدٍ فَعَلَى عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ قِيمَتُهُ في ثَلَاثِ سِنِينَ يَقْبِضُهَا الْمُرْتَهِنُ فَتَكُونُ رَهْنًا لِأَنَّ الْعَبْدَ وَإِنْ كان مَضْمُونًا من حَيْثُ إنَّهُ آدَمِيٌّ لَا من حَيْثُ إنَّهُ مَالٌ على أَصْلِ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ حتى لَا تُزَادَ دِيَتُهُ على دِيَةِ الْحُرِّ وَلَكِنَّهُ مَرْهُونٌ من حَيْثُ إنَّهُ مَالٌ لَا من حَيْثُ إنَّهُ آدَمِيٌّ فَجَازَ أَنْ تَقُومَ قِيمَتُهُ مَقَامَهُ وَتَكُونَ رَهْنًا عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ
ثُمَّ إنْ كان الرَّهْنُ مُؤَجَّلًا كانت في يَدِهِ إلَى حَلِّ الْأَجَلِ وإذا حَلَّ فَإِنْ

كانت الْقِيمَةُ من جِنْسِ الدَّيْنِ اسْتَوْفَى الدَّيْنَ منها وَإِنْ بَقِيَ فيها فَضْلٌ رَدَّهُ على الرَّاهِنِ وَإِنْ كانت أَقَلَّ من الدَّيْنِ اسْتَوْفَى منها من الدَّيْنِ بِقَدْرِهَا بِالْفَضْلِ أَيْ يَرْجِعُ بِالْبَقِيَّةِ على الرَّاهِنِ وَإِنْ كانت من خِلَافِ جِنْسِ الدَّيْنِ حَبَسَهَا في يَدِهِ إلَى وَقْتِ الْفِكَاكِ وَإِنْ كان الدَّيْنُ حَالًّا فَالْحُكْمُ فيه وَفِيمَا إذَا كان مُؤَجَّلًا فَحَلَّ سَوَاءٌ وقد بَيَّنَّاهُ وَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْعَبْدِ في ضَمَانِ الِاسْتِهْلَاكِ يوم الِاسْتِهْلَاكِ وفي ضَمَانِ الرَّهْنِ يوم الْقَبْضِ لِأَنَّ ضَمَانَ الِاسْتِهْلَاكِ يَجِبُ بِالِاسْتِهْلَاكِ وَضَمَانَ الرَّهْنِ يَجِبُ بِالْقَبْضِ فَيُعْتَبَرُ حَالُ وُجُودِ السَّبَبِ حتى لو كان الدَّيْنُ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَقِيمَةُ الْعَبْدِ يوم الرَّهْنِ أَلْفًا فَانْتَقَصَتْ قِيمَتُهُ فَتَرَاجَعَتْ إلَى خَمْسِمِائَةٍ فَقُتِلَ غَرِمَ الْقَاتِلُ خَمْسَمِائَةٍ وَسَقَطَ من الدَّيْنِ خَمْسُمِائَةٍ وإذا غَرِمَ خَمْسَمِائَةٍ بِالِاسْتِهْلَاكِ كانت هذه الدَّرَاهِمُ رَهْنًا بِمِثْلِهَا من الدَّيْنِ وَيَسْقُطُ الْبَاقِي من الدَّيْنِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا كُلَّ الدَّيْنِ بها وَلَا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ أَكْثَرَ من خَمْسِمِائَةٍ بِخَمْسِمِائَةٍ لِمَا فيه من الرِّبَا وَهَذَا بِخِلَافِ ما إذَا قَتَلَهُ عَبْدٌ أَقَلَّ قِيمَةً منه فَدُفِعَ بِهِ لِأَنَّ الدَّفْعَ لَا يُؤَدِّي إلَى الرِّبَا لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاءُ كل الدَّيْنِ من هذا الْعَبْدِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو بَاعَهُ جَازَ وَإِنْ كان لَا يُسَاوِيهِ فلم يَكُنْ فيه رِبًا
وَكَذَلِكَ لو قَتَلَهُ الْمُرْتَهِنُ يَغْرَمُ قِيمَتَهُ وَالْحُكْمُ فيه وفي الْأَجْنَبِيِّ سَوَاءٌ وقد ذَكَرْنَاهُ
وَلَوْ قَتَلَهُ الرَّاهِنُ فَهَذَا وما إذَا كان الرَّهْنُ من غَيْرِ بَنِي آدَمَ سَوَاءٌ وقد ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ
هذا إذَا كان الْجَانِي حُرًّا أَمَّا إذَا كان عَبْدًا أو أَمَةً يُخَاطَبُ مولى الْقَاتِلِ بِالدَّفْعِ أو بِالْفِدَاءِ بِقِيمَةِ الْمَقْتُولِ فَإِنْ اخْتَارَ الدَّفْعَ فَإِنْ كانت قِيمَةُ الْمَقْتُولِ مِثْلَ قِيمَةِ الْمَدْفُوعِ أو أَكْثَرَ فَالْمَدْفُوعُ رَهْنٌ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ على الِافْتِكَاكِ بِلَا خِلَافٍ وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ من قِيمَةِ الْمَقْتُولِ بِأَنْ كانت قِيمَةُ الْمَقْتُولِ أَلْفًا وَالدَّيْنُ أَلْفٌ وَقِيمَةُ الْمَدْفُوعِ مِائَةٌ فَهُوَ رَهْنٌ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ أَيْضًا وَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ

على الِافْتِكَاكِ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ كما كان يُجْبَرُ على افْتِكَاكِ الْعَبْدِ الْمَقْتُولِ لو كان حَيًّا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ
وقال مُحَمَّدٌ إنْ لم يَكُنْ بِقِيمَةِ الْقَاتِلِ وَفَاءٌ بِقِيمَةِ الْمَقْتُولِ فَالرَّاهِنُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ افْتَكَّهُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ لِلْمُرْتَهِنِ بِدَيْنِهِ فَمُحَمَّدٌ مَرَّ على أَصْلِهِ في الْجَعْلِ بِالدَّيْنِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْجَبْرِ على الِافْتِكَاكِ وَهُنَا تَعَذَّرَ لِمَا فيه من الضَّرَرِ بِالرَّاهِنِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَمَّا دُفِعَ الثَّانِي بِالْأَوَّلِ قام مَقَامَ الْأَوَّلِ لَحْمًا وَدَمًا وَالْأَوَّلُ كان رَهْنًا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وكان يُجْبَرُ الرَّاهِنُ على الِافْتِكَاكِ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ فَكَذَا الثَّانِي
وَكَذَلِكَ لو كان الْعَبْدُ الْمُرْتَهَنُ نَقَصَ في السِّعْرِ حتى صَارَ يُسَاوِي مِائَةَ دِرْهَمٍ فَقَتَلَهُ عَبْدٌ يُسَاوِي مِائَةَ دِرْهَمٍ فَدُفِعَ بِهِ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ
هذا إذَا كان اخْتَارَ مولى الْقَاتِلِ الدَّفْعَ فَأَمَّا إذَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ فإنه يَفْدِيهِ بِقِيمَةِ الْمَقْتُولِ وَكَانَتْ الْقِيمَةُ رَهْنًا عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ
ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كانت الْقِيمَةُ من جِنْسِ الدَّيْنِ اسْتَوْفَى دَيْنَهُ منها وَإِنْ كانت من خِلَافِ الْجِنْسِ حَبَسَهَا رَهْنًا حتى يَسْتَوْفِيَ جَمِيعَ دَيْنِهِ وَيُجْبَرُ الرَّاهِنُ على الِافْتِكَاكِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يُخَيَّرُ الرَّاهِنُ بين الِافْتِكَاكِ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ وَبَيْنَ التَّرْكِ لِلْمُرْتَهِنِ بِالدَّيْنِ وقد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ
هذا إذَا كانت الْجِنَايَةُ في النَّفْسِ فَأَمَّا إذَا كانت فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فَإِنْ كان الْجَانِي حُرًّا يَجِبُ أَرْشُهُ في مَالِهِ لَا على عَاقِلَتِهِ سَوَاءٌ كانت الْجِنَايَةُ خَطَأً أو عَمْدًا
أَمَّا الْوُجُوبُ في مَالِهِ فَلِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَعْقِلُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ وَأَمَّا التَّسْوِيَةُ بين الْخَطَأِ وَالْعَمْدِ فَلِأَنَّ الْقِصَاصَ لَا يَجْرِي بين الْحُرِّ وَالْعَبْدِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فَاسْتَوَى فيه الْعَمْدُ وَالْخَطَأُ في وُجُوبِ الْأَرْشِ فَكَانَ الْأَرْشُ رَهْنًا مع الْعَبْدِ لِأَنَّهُ بَدَلُ جُزْءٍ مَرْهُونٍ وَإِنْ كان الْجَانِي عَبْدًا يُخَاطَبُ مَوْلَاهُ بِالدَّفْعِ أو الْفِدَاءِ بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ فَإِنْ اخْتَارَ الْفِدَاءَ بِالْأَرْشِ كان الْأَرْشُ مع الْمَجْنِيِّ عليه رَهْنًا وَإِنْ اخْتَارَ الدَّفْعَ يَكُونُ الْجَانِي مع الْمَجْنِيِّ عليه رَهْنًا وَالْخُصُومَةُ في ذلك كُلِّهِ إلَى الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ حَقَّ الْحَبْسِ له وَالْجَانِي فَوَّتَ الْحَبْسَ عن بَعْضِ أَجْزَاءِ الرَّهْنِ فَلَهُ أَنْ يُقِيمَ بَدَلَ الْفَائِتِ فَيُقِيمَهُ مَقَامَهُ رَهْنًا
هذا الذي ذَكَرْنَا حُكْمُ جِنَايَةِ غَيْرِ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ وَأَمَّا حُكْمُ جِنَايَةِ الرَّهْنِ على غَيْرِ الرَّهْنِ فَجِنَايَتُهُ لَا تَخْلُو إمَّا إن كانت على بَنِي آدَمَ وَإِمَّا إن كانت على غَيْرِ بَنِي آدَمَ من سَائِرِ الْأَمْوَالِ فَإِنْ كانت على بَنِي آدَمَ فَلَا تَخْلُو إمَّا إن كانت عَمْدًا وَإِمَّا إن كانت خَطَأً أو في مَعْنَاهُ فَإِنْ كانت عَمْدًا يُقْتَصُّ منه كما إذَا لم تَكُنْ رَهْنًا لِأَنَّ مِلْكَ الرَّاهِنِ لَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الْقِصَاصِ أَلَا يرى أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ إذَا لم يَكُنْ رَهْنًا وإذا لم يَكُنْ الْمِلْكُ مَانِعًا فَحَقُّ الْمُرْتَهِنِ أَوْلَى لِأَنَّهُ دُونَ الْمِلْكِ سَوَاءٌ قَتَلَ أَجْنَبِيًّا أو الرَّاهِنَ أو الْمُرْتَهَنَ لِأَنَّ الْقِصَاصَ ضَمَانُ الدَّمِ وَلَا حَقَّ لِلْمَوْلَى في دَمِهِ بَلْ هو أَجْنَبِيٌّ عنه وَكَذَا لِلْمُرْتَهِنِ من طَرِيقِ الْأَوْلَى إذْ الثَّابِتُ له الْحَقُّ وَالْحَقُّ دُونَ الْمِلْكِ فَصَارَتْ جِنَايَتُهُ

على الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ في حَقِّ الْقِصَاصِ وَجِنَايَتُهُ على الْأَجْنَبِيِّ سَوَاءً وإذا قُتِلَ قِصَاصًا سَقَطَ الدَّيْنُ لِأَنَّ هَلَاكَهُ حَصَلَ في ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ فَسَقَطَ دِيَتُهُ كما إذَا هَلَكَ بِنَفْسِهِ

هذا إذَا كانت جِنَايَتُهُ عَمْدًا فَأَمَّا إذَا كانت خَطَأً أو مُلْحَقَةً بِالْخَطَأِ فَإِنْ كانت شِبْهَ عَمْدٍ أو كانت عَمْدًا لَكِنَّ الْقَاتِلَ ليس من أَهْلِ وُجُوبِ الْقِصَاصِ عليه بِأَنْ كان صَبِيًّا أو مَجْنُونًا أو كانت جِنَايَتُهُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ فإنه يُدْفَعُ أو يفدي لِأَنَّ هذه الْجِنَايَاتِ من الْعَبِيدِ وَالْإِمَاءِ تُوجِبُ الدَّفْعَ أو الْفِدَاءَ ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان الْعَبْدُ كُلُّهُ مَضْمُونًا بِأَنْ كانت قِيمَتُهُ مِثْلَ الدَّيْنِ أو دُونَهُ نَحْوُ أَنْ تَكُونَ قِيمَةُ الْعَبْدِ أَلْفًا وَالدَّيْنُ أَلْفًا أو كان الدَّيْنُ أَلْفًا وَقِيمَةُ الْعَبْدِ خَمْسَمِائَةٍ يُخَاطَبُ الْمُرْتَهِنُ أَوَّلًا بِالْفِدَاءِ لِأَنَّهُ بِالْفِدَاءِ يَسْتَبْقِي حَقَّ نَفَسِهِ في الرَّهْنِ بِتَطْهِيرِهِ عن الْجِنَايَةِ من غَيْرِ أَنْ يُسْقِطَ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ

وَلَوْ بدىء بِالرَّاهِنِ وَخُوطِبَ بِالدَّفْعِ أو الْفِدَاءِ على ما هو حُكْمُ الشَّرْعِ فَرُبَّمَا يَخْتَارُ الدَّفْعَ فَيَبْطُلُ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ وَيَسْقُطُ دَيْنُهُ فَكَانَتْ الْبُدَاءَةُ بِخِطَابِ الْمُرْتَهِنِ بِالْفِدَاءِ أَوْلَى وإذا فَدَاهُ بِالْأَرْشِ فَقَدْ اسْتَخْلَصَهُ وَاسْتَصْفَاهُ عن الْجِنَايَةِ وَصَارَ كَأَنَّهُ لم يَجْنِ أَصْلًا فَيَبْقَى رَهْنًا كما كان وَلَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِمَّا فَدَى على الرَّاهِنِ لِأَنَّهُ فَدَى مِلْكَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَكَانَ مُتَبَرِّعًا فيه فَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ كما لو فَدَاهُ أَجْنَبِيٌّ وَلِأَنَّهُ بِالْفِدَاءِ أَصْلَحَ الرَّهْنَ بِاخْتِيَارِهِ وَاسْتَبْقَى حَقَّ نَفْسِهِ فَكَانَ عَامِلًا لِنَفْسِهِ بِالْفِدَاءِ فَلَا يَرْجِعُ على غَيْرِهِ وَلَيْسَ له أَنْ يَدْفَعَ لِأَنَّ الدَّفْعَ تَمْلِيكُ الرَّقَبَةِ وهو لَا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ

وَإِنْ أَبَى الراهن (((المرتهن))) أَنْ يَفْدِيَ يُخَاطَبُ الرَّاهِنُ بِالدَّفْعِ أو الْفِدَاءِ لِأَنَّ الْأَصْلَ في الْخِطَابِ هو الرَّاهِنُ لِأَنَّ الْمِلْكَ له وَإِنَّمَا يُبْدَأُ بِالْمُرْتَهِنِ بِخِطَابِ الْفِدَاءِ صِيَانَةً لِحَقِّهِ فإذا أَبَى عَادَ الْأَمْرُ إلَى الْأَصْلِ فَإِنْ اخْتَارَ الدَّفْعَ بَطَلَ الرَّهْنُ وَسَقَطَ الدَّيْنُ أَمَّا بُطْلَانُ الرَّهْنِ فَلِأَنَّ الْعَبْدَ زَالَ عن مِلْكِهِ بِالدَّفْعِ إلَى خَلَفٍ فَخَرَجَ عن كَوْنِهِ رَهْنًا وَأَمَّا سُقُوطُ الدَّيْنِ فَلِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الزَّوَالِ حَصَلَ بِمَعْنًى في ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ فصَارَ كَأَنَّهُ هَلَكَ في يَدِهِ وَكَذَلِكَ إنْ اخْتَارَ الْفِدَاءَ لِأَنَّهُ صَارَ قَاضِيًا بِمَا فَدَى الْمُرْتَهِنُ لِأَنَّ الْفِدَاءَ على الْمُرْتَهِنِ لِحُصُولِ الْجِنَايَةِ في ضَمَانِهِ إلَّا أَنَّهُ لَمَّا أَبَى الْفِدَاءَ وَالرَّاهِنُ مُحْتَاجٌ إلَى اسْتِخْلَاصِ عَبْدِهِ وَلَا يُمْكِنُهُ ذلك إلَّا بِالْفِدَاءِ فَكَانَ مُضْطَرًّا في الْفِدَاءِ فلم يَكُنْ مُتَبَرِّعًا فَكَانَ له أَنْ يَرْجِعَ على الْمُرْتَهِنِ بِمَا فَدَى وَلَهُ على الرَّاهِنِ مِثْلُهُ فَيَصِيرُ قِصَاصًا بِهِ

وإذا صَارَ قَاضِيًا دَيْنَ الْمُرْتَهِنِ مِمَّا فَدَى يُنْظَرُ إلَى ما فَدَى وَإِلَى قَدْرِ قِيمَةِ الْعَبْدِ وَإِلَى الدَّيْنِ فَإِنْ كان الْفِدَاءُ مِثْلَ الدَّيْنِ وَقِيمَةُ الْعَبْدِ مِثْلَ الدَّيْنِ أو أَكْثَرَ سَقَطَ الدَّيْنُ كُلُّهُ وَإِنْ كان الْفِدَاءُ أَقَلَّ من الدَّيْنِ وَقِيمَةُ الْعَبْدِ مِثْلَ الدَّيْنِ أو أَكْثَرَ سَقَطَ من الدَّيْنِ بِقَدْرِ الْفِدَاءِ وَحُبِسَ الْعَبْدُ رَهْنًا بِالْبَاقِي وَإِنْ كان الْفِدَاءُ قَدْرَ الدَّيْنِ أو أَكْثَرَ وَقِيمَةُ الْعَبْدِ أَقَلَّ من الدَّيْنِ يَسْقُطُ من الدَّيْنِ قَدْرُ قِيمَةِ الْعَبْدِ وَلَا يَسْقُطُ أَكْثَرُ منها لِأَنَّهُ لو هَلَكَ الْعَبْدُ لَا يَسْقُطُ من الدَّيْنِ أَكْثَرُ من قِيمَتِهِ فَكَذَا عِنْدَ الْفِدَاءِ

وَإِنْ كان الْعَبْدُ بَعْضُهُ مَضْمُونًا وَالْبَعْضُ أَمَانَةً بِأَنْ كانت قِيمَةُ الْعَبْدِ أَلْفَيْنِ وَالدَّيْنِ أَلْفًا فَالْفِدَاءُ عَلَيْهِمَا جميعا لِأَنَّ نِصْفَهُ مَضْمُونٌ وَنِصْفَهُ أَمَانَةٌ فَكَانَ فِدَاءُ نِصْفِ الْمَضْمُونِ منه على الْمُرْتَهِنِ وَفِدَاءُ نِصْفِ الْأَمَانَةِ على الرَّاهِنِ

فَيُخَاطَبَانِ جميعا بِالدَّفْعِ أو بِالْفِدَاءِ وَالْمَعْنَى من خِطَابِ الدَّفْعِ في جَانِبِ الْمُرْتَهِنِ الرِّضَا بِالدَّفْعِ لَا فِعْلُ الدَّفْعِ لِأَنَّ فِعْلَ الدَّفْعِ ليس إلَيْهِ

ثُمَّ إذَا خُوطِبَ بِذَلِكَ إمَّا إن اجْتَمَعَا على الدَّفْعِ وَإِمَّا إن اجْتَمَعَا على الْفِدَاءِ وَإِمَّا إن اخْتَلَفَا فَاخْتَارَ أَحَدُهُمَا الدَّفْعَ وَالْآخَرُ الْفِدَاءَ وَالْحَالُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَا حَاضِرَيْنِ وَإِمَّا إن كان أَحَدُهُمَا غَائِبًا فَإِنْ كَانَا حَاضِرَيْنِ وَاجْتَمَعَا على الدَّفْعِ

وَدَفَعَا فَقَدْ سَقَطَ دَيْنُ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ الدَّفْعَ بِمَنْزِلَةِ الْهَلَاكِ وَإِنْ اجْتَمَعَا على الْفِدَاءِ فَدَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنِصْفِ الْأَرْشِ وإذا فَدَيَا طَهُرَتْ رَقَبَةُ الْعَبْدِ عن الْجِنَايَةِ وَيَكُونُ رَهْنًا كما كان وكان كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَبَرِّعًا حتى لَا يَرْجِعَ على صَاحِبِهِ بِمَا فَدَى لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَدَّى ما عليه فَكَانَ مُؤَدِّيًا عن نَفْسِهِ لَا عن صَاحِبِهِ وَإِنْ اخْتَلَفَا فَأَرَادَ أَحَدُهُمَا الْفِدَاءَ وَالْآخَرُ الدَّفْعَ فَأَيُّهُمَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ فَاخْتِيَارُهُ أَوْلَى

أَمَّا الْمُرْتَهنُ فَلِأَنَّهُ بِالْفِدَاءِ يَسْتَبْقِي حَقَّ نَفْسِهِ وَلَا يُسْقِطُ حَقَّ الرَّاهِنِ وَالرَّاهِنُ بِالدَّفْعِ يُسْقِطُ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ فَكَانَ اخْتِيَارُ الْمُرْتَهِنِ أَوْلَى

وَأَمَّا الرَّاهِنُ فَلِأَنَّهُ يَسْتَبْقِي مِلْكَ الرَّقَبَةِ بِالْفِدَاءِ وَالْمُرْتَهِنُ بِاخْتِيَارِ الدَّفْعِ يُرِيدُ إسْقَاطَ دَيْنِهِ وَإِبْطَالَ مِلْكِ الرَّاهِنِ فلم يَكُنْ له في اخْتِيَارِ الدَّفْعِ نَفْعٌ بَلْ كان سَفَهًا مَحْضًا وَتَعَنُّتًا بَارِدًا فَلَا يُلْتَفَتُ إلَيْهِ فَكَانَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَفْدِيَ

ثُمَّ أَيُّهُمَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ فَدَى الْعَبْدَ بِجَمِيعِ الْأَرْشِ وَلَا يَمْلِكُ الْآخَرُ دَفْعَهُ ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان الذي اخْتَارَ الدَّفْعَ هو الْمُرْتَهِنَ فَفَدَى بِجَمِيعِ الْأَرْشِ بَقِيَ الْعَبْدُ رَهْنًا كما كان لِأَنَّهُ طَهُرَتْ رَقَبَتُهُ عن الْجِنَايَةِ بِالْفِدَاءِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لم يَجْنِ وَيَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ على الرَّاهِنِ

بِدَيْنِهِ وَهَلْ يَرْجِعُ عليه بِحِصَّةِ الْأَمَانَةِ

ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ فيه رِوَايَتَيْنِ في رِوَايَةٍ لَا يَرْجِعُ بَلْ يَكُونُ مُتَبَرِّعًا وفي رِوَايَةٍ يَرْجِعُ وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ إلَّا بِدَيْنِهِ خَاصَّةً ولم يذكر اخْتِلَافَ الرِّوَايَةِ

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ الْتَزَمَ الْفِدَاءَ بِاخْتِيَارِهِ مع قُدْرَتِهِ على أَنْ لَا يَلْتَزِمَ لِأَنَّهُ لو لم يَلْتَزِمْ لَخُوطِبَ الرَّاهِنُ فَكَانَ مُتَبَرِّعًا فيه فَلَا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ

وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ الْمُرْتَهِنَ يَحْتَاجُ إلَى إصْلَاحِ قَدْرِ الْمَضْمُونِ منه وَلَا يُمْكِنُهُ ذلك إلَّا بِإِصْلَاحِ قَدْرِ الْأَمَانَةِ فَكَانَ مُضْطَرًّا فلم يَكُنْ مُتَبَرِّعًا وَإِنْ كان الذي اخْتَارَ الْفِدَاءَ هو الرَّاهِنَ فَفَدَاهُ بِجَمِيعِ الْأَرْشِ لَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا بَلْ يَكُونُ قَاضِيًا بِنِصْفِ الْفِدَاءِ دَيْنَ الْمُرْتَهِنِ

ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان نِصْفُ الْفِدَاءِ مِثْلَ كل الدَّيْنِ سَقَطَ الدَّيْنُ كُلُّهُ وَإِنْ كان أَقَلَّ منه سَقَطَ من الدَّيْنِ بِقَدْرِهِ وَرَجَعَ بِالْفَضْلِ على الرَّاهِنِ وَيَحْبِسُهُ رَهْنًا بِهِ هذا إذَا كَانَا حَاضِرَيْنِ فَأَمَّا إذَا كان أَحَدُهُمَا حَاضِرًا فَلَيْسَ له وِلَايَةُ الدَّفْعِ أَيَّهُمَا كان سَوَاءٌ كان الْمُرْتَهِنَ أو الرَّاهِنَ

أَمَّا الْمُرْتَهِنُ فَلَا شَكَّ فيه لِأَنَّهُ لَا مِلْكَ له في الْعَبْدِ أَصْلًا وَالدَّفْعُ تَمْلِيكٌ فَلَا يُتَصَوَّرُ بِدُونِ الْمِلْكِ

وَأَمَّا الرَّاهِنُ فَلِأَنَّ الدَّفْعَ إسْقَاطُ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ وَلَهُ وِلَايَةُ الْفِدَاءِ بِجَمِيعِ الْأَرْشِ فَإِنْ كان الْحَاضِرُ هو الْمُرْتَهِنَ فَفَدَاهُ بِجَمِيعِ الْأَرْشِ لَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا في نِصْفِ الْفِدَاءِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ على الرَّاهِنِ بِدَيْنِهِ وَبِنِصْفِ الْفِدَاءِ لَكِنَّهُ يَحْبِسُ الْعَبْدَ رَهْنًا بِالدَّيْنِ وَلَيْسَ له أَنْ يَحْبِسَهُ رَهْنًا بِنِصْفِ الْفِدَاءِ بَعْدَ قَضَاءِ الدَّيْنِ

وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ كان الْمُرْتَهِنُ مُتَبَرِّعًا في نِصْفِ الْفِدَاءِ فَلَا يَرْجِعُ على الرَّاهِنِ إلَّا بِدَيْنِهِ خَاصَّةً كما لو فَدَاهُ بِحَضْرَةِ الرَّاهِنِ فَهُمَا سَوَّيَا بين الْغَيْبَةِ

وَالْحَضْرَةِ وَجَعَلَاهُ مُتَبَرِّعًا في الْحَالَيْنِ جميعا وأبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه فَرَّقَ بين حَالِ الْحَضْرَةِ وَالْغَيْبَةِ فَجَعَلَهُ مُتَبَرِّعًا في الْحَضْرَةِ لَا في الْغَيْبَةِ

وَإِنْ كان الْحَاضِرُ هو الرَّاهِنَ فَفَدَاهُ بِجَمِيعِ الْأَرْشِ لَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا في نِصْفِ الْفِدَاءِ بِالْإِجْمَاعِ بَلْ يَكُونُ قَاضِيًا بِنِصْفِ الْفِدَاءِ دَيْنَ الْمُرْتَهِنِ كما لو فَدَاهُ الرَّاهِنُ بِحَضْرَةِ الْمُرْتَهِنِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْمُرْتَهِنَ فَدَى مِلْكَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَكَانَ مُتَبَرِّعًا كما لو فَدَاهُ أَجْنَبِيٌّ وَلِهَذَا كان مُتَبَرِّعًا في حَالَةِ الْحَضْرَةِ كما في الْغَيْبَةِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ في حَالِ الْحَضْرَةِ الْتَزَمَ الْفِدَاءَ بِاخْتِيَارِهِ مع إمْكَانِ خِطَابِ الرَّاهِنِ فَكَانَ مُتَبَرِّعًا وَالْخِطَابُ لَا يُمْكِنُ حَالَةَ الْغَيْبَةِ وهو مُحْتَاجٌ إلَى إصْلَاحِ قَدْرِ الْمَضْمُونِ وَلَا يُمْكِنُهُ ذلك إلَّا بِإِصْلَاحِ قَدْرِ الْأَمَانَةِ فَكَانَ مُضْطَرًّا فلم يَكُنْ مُتَبَرِّعًا

هذا الذي ذَكَرْنَا حُكْمُ جِنَايَةِ الرَّهْنِ فَأَمَّا حُكْمُ جِنَايَةِ وَلَدِ الرَّهْنِ بِأَنْ قَتَلَ إنْسَانًا خَطَأً فَحُكْمُهُ أَنَّهُ لَا فِدَاءَ على الْمُرْتَهِنِ وَيُخَاطَبُ الْمَوْلَى بِالدَّفْعِ أو الْفِدَاءِ

أَمَّا عَدَمُ وُجُوبِ الْفِدَاءِ على الْمُرْتَهِنِ فَلِأَنَّ خِطَابَهُ بِفِدَاءِ الرَّهْنِ مع أَنَّهُ ليس مِلْكَهُ لِحُصُولِ الْجِنَايَةِ من الرَّهْنِ في ضَمَانِهِ ولم يُوجَدْ في الْوَلَدِ لِأَنَّهُ ليس بِمَضْمُونٍ أَنَّهُ لو هَلَكَ يَهْلِكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ

وَأَمَّا خِطَابُ الْمَوْلَى بِالدَّفْعِ أو الْفِدَاءِ فَلِأَنَّ الْمِلْكَ له فَإِنْ دَفَعَهُ خَرَجَ الْوَلَدُ عن الرَّهْنِ ولم يَسْقُطْ شَيْءٌ من الدَّيْنِ

أَمَّا خُرُوجُهُ عن الرَّهْنِ فَلِزَوَالِ مِلْكِ الرَّاهِنِ عنه فَيَخْرُجُ عن الرَّهْنِ كما لو هَلَكَ

وَأَمَّا عَدَمُ سُقُوطِ شَيْءٍ من الدَّيْنِ فَلِأَنَّ الْوَلَدَ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْهَلَاكِ بِخِلَافِ الْأُمِّ

وَإِنْ فَدَى فَهُوَ رَهْنٌ مع أَنَّهُ على حَالِهِ فَإِنْ اخْتَارَ الرَّاهِنُ الدَّفْعَ فقال له الْمُرْتَهِنُ أنا أَفْدِي فَلَهُ ذلك لِأَنَّ الْوَلَدَ مَرْهُونٌ وَإِنْ لم يَكُنْ مَضْمُونًا أَلَا تَرَى أَنَّ الْحُكْمَ الْأَصْلِيَّ لِلرَّهْنِ ثَابِتٌ فيه وهو حَقُّ الْحَبْسِ فَكَانَ الْفِدَاءُ منه إصْلَاحًا لِلرَّهْنِ فَكَانَ له ذلك

هذا إذَا جَنَى الرَّهْنُ على أَجْنَبِيٍّ فَأَمَّا إذَا جَنَى على الرَّاهِنِ أو على الْمُرْتَهِنِ أَمَّا جِنَايَتُهُ على نَفْسِ الْمُرْتَهِنِ جِنَايَةً مُوجِبَةً لِلْمَالِ أو على مَالِهِ فَهَدْرٌ لِأَنَّ الْعَبْدَ مِلْكُهُ وَالْمَوْلَى لَا يَجِبُ له على عَبْدِهِ دَيْنٌ بِخِلَافِ جِنَايَةِ الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ على الْمَغْصُوبِ منه أو على مَالِهِ على أَصْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنها مُعْتَبَرَةٌ لِأَنَّ الْمَضْمُونَاتِ تُمْلَكُ عِنْدَ أَدَاءِ الضَّمَانِ من وَقْتِ الْغَصْبِ فَتَبَيَّنَ أَنَّ تِلْكَ الْجِنَايَةَ لم تَكُنْ جِنَايَةَ الْعَبْدِ على مَوْلَاهُ

وَأَمَّا جِنَايَتُهُ على نَفْسِ الْمُرْتَهِنِ فَهَدَرٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ مُعْتَبَرَةٌ يُدْفَعُ أو يفدي إنْ رضي بِهِ الْمُرْتَهِنُ وَيَبْطُلُ الدَّيْنُ وَإِنْ قال الْمُرْتَهِنُ لَا أَطْلُبُ الْجِنَايَةَ لِمَا في الدَّفْعِ أو الْفِدَاءِ من سُقُوطِ حَقِّي فَلَهُ ذلك وَبَطَلَتْ الْجِنَايَةُ وَالْعَبْدُ رَهْنٌ على حَالِهِ هَكَذَا أَطْلَقَ الْكَرْخِيُّ

وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ وَفَصَّلَ فقال إنْ كان الْعَبْدُ كُلُّهُ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ فَهُوَ على الِاخْتِلَافِ وَإِنْ كان بَعْضُهُ مَضْمُونًا وَبَعْضُهُ أَمَانَةً فَجِنَايَتُهُ مُعْتَبَرَةٌ بِالِاتِّفَاقِ فَيُقَالُ لِلرَّاهِنِ إنْ شِئْتَ فَادْفَعْ وَإِنْ شِئْتَ فَافْدِهِ فَإِنْ دَفَعَهُ وَقَبِلَ الْمُرْتَهِنُ بَطَلَ الدَّيْنُ كُلُّهُ وَصَارَ الْعَبْدُ كُلُّهُ لِلرَّاهِنِ وَإِنْ اخْتَارَ الْفِدَاءَ فَنِصْفُ الْفِدَاءِ على الرَّاهِنِ وَنِصْفُهُ على الْمُرْتَهِنِ فما

كان حِصَّةَ الْمُرْتَهِنِ يَبْطُلُ وما كان حِصَّةَ الرَّاهِنِ يفدي وَالْعَبْدُ رَهْنٌ على حَالِهِ وَاخْتِلَافُهُمْ في جِنَايَةِ الرَّهْنِ على الْمُرْتَهِنِ نَظِيرُ اخْتِلَافِهِمْ في جِنَايَتِهِ عِنْدَ الْغَصْبِ على الْغَاصِبِ أنها هَدَرٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا مُعْتَبَرَةٌ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ هذه جِنَايَةٌ وَرَدَتْ على غيرِ الْمَالِكِ فَكَانَتْ مُعْتَبَرَةً كما إذَا وَرَدَتْ على أَجْنَبِيٍّ وَهَذَا لِأَنَّ الْأَصْلَ في الْجِنَايَاتِ اعْتِبَارُهَا وَسُقُوطُ الِاعْتِبَارِ لِمَكَانِ عَدَمِ الْفَائِدَةِ وَهُنَا في اعْتِبَارِ هذه الْجِنَايَةِ فَائِدَةٌ لِأَنَّ مُوجَبَهَا الدَّفْعُ وَلَهُ فيه فَائِدَةٌ وهو الْوُصُولُ إلَى مِلْكِ الْعَبْدِ وَإِنْ كان فيه سُقُوطُ دَيْنِهِ
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ هذه الْجِنَايَةَ وَرَدَتْ على غَيْرِ الْمَالِكِ لَكِنَّهَا وُجِدَتْ في ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ فَوُرُودُهَا على غَيْرِ الْمَالِكِ إنْ كان يَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ مُعْتَبَرَةً فَوُجُودُهَا في ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ يَقْتَضِي أَنْ لَا تُعْتَبَرَ لِأَنَّهَا تُوجِبُ الْفِدَاءَ عليه وَذَلِكَ غَيْرُ مُمْكِنٍ لِمَا فيه من إيجَابِ الضَّمَانِ عليه له وأنه مُحَالٌ فَوَقَعَ الشَّكُّ وَالِاحْتِمَالُ في اعْتِبَارِهَا فَلَا تُعْتَبَرُ
هذا إذَا جَنَى على نَفْسِ الْمُرْتَهِنِ فَأَمَّا إذَا جَنَى على مَالِهِ فَإِنْ كانت قِيمَتُهُ وَالدَّيْنُ سَوَاءً وَلَيْسَ في قِيمَتِهِ فَضْلٌ فَجِنَايَتُهُ هَدَرٌ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ في اعْتِبَارِ هذه الْجِنَايَةِ إذْ ليس حُكْمُهَا وُجُوبَ الدَّفْعِ إلَى الْمُرْتَهِنِ لِيَمْلِكَهُ بَلْ تَعَلُّقَ الدَّيْنُ بِرَقَبَتِهِ فَلَوْ بِيعَ وَأُخِذَ ثَمَنُهُ لَسَقَطَ دَيْنُهُ فلم يَكُنْ في اعْتِبَارِ هذه الْجِنَايَةِ فَائِدَةٌ فَلَا تُعْتَبَرُ
وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ من الدَّيْنِ فَعَنْ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ رِوَايَتَانِ في رِوَايَةٍ تُعْتَبَرُ الْجِنَايَةُ في قَدْرِ الْأَمَانَةِ وفي رِوَايَةٍ لَا يَثْبُتُ حُكْمُ الْجِنَايَةِ أَصْلًا وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الْمَانِعَ من الِاعْتِبَارِ كَوْنُ الْعَبْدِ في ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ وَقَدْرُ الْأَمَانَةِ وهو الْفَضْلُ على الدَّيْنِ ليس في ضَمَانِهِ فَأَمْكَنَ اعْتِبَارُ الْجِنَايَةِ في ذلك الْقَدْرِ فَلَزِمَ اعْتِبَارُهَا
وَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنَّ ذلك الْقَدْرَ وَإِنْ لم يَكُنْ مَضْمُونًا فَهُوَ في حُكْمِ الْمَضْمُونِ لِثُبُوتِ حُكْمِ الرَّهْنِ فيه وهو الْحَبْسُ فَيُمْنَعُ الِاعْتِبَارُ
وَأَمَّا جِنَايَةُ الرَّهْنِ على ابْنِ الرَّاهِنِ أو على ابْنِ الْمُرْتَهِنِ فَلَا شَكَّ أنها مُعْتَبَرَةٌ لِأَنَّ الْمَانِعَ من الِاعْتِبَارِ في حَقِّ الرَّاهِنِ هو كَوْنُ الْعَبْدِ مَمْلُوكًا له وفي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ كَوْنُهُ في ضَمَانِهِ ولم يُوجَدْ شَيْءٌ من ذلك هُنَا فَكَانَتْ جِنَايَتُهُ عليه وَعَلَى الْأَجْنَبِيِّ سَوَاءً
هذا الذي ذَكَرْنَا حُكْمُ جِنَايَةِ الرَّهْنِ على بَنِي آدَمَ وَأَمَّا حُكْمُ جِنَايَتِهِ على سَائِرِ الْأَمْوَالِ بِأَنْ اسْتَهْلَكَ ما (((مالا))) لا (((يستغرق))) تستغرق رَقَبَتَهُ فَحُكْمُهَا وَحُكْمُ جِنَايَةِ غَيْرِ الرَّهْنِ سَوَاءٌ وهو تَعَلُّقُ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فيه إلَّا إذَا قَضَى الرَّاهِنُ أو الْمُرْتَهِنُ دَيْنَهُ فإذا قَضَاهُ أَحَدُهُمَا فَالْحُكْمُ فيه وَالْحُكْمُ فِيمَا ذُكِرَ من الْفِدَاءِ من جِنَايَتِهِ على بَنِي آدَمَ سَوَاءٌ وهو أَنَّهُ إنْ قَضَى الْمُرْتَهِنُ الدَّيْنَ بَقِيَ دَيْنُهُ وَبَقِيَ الْعَبْدُ رَهْنًا على حَالِهِ لِأَنَّهُ بِالْفِدَاءِ اسْتَفْرَغَ رَقَبَةَ الْعَبْدِ عن الدَّيْنِ وَاسْتَصْفَاهَا عنه فَيَبْقَى الْعَبْدُ رَهْنًا بِدَيْنِهِ كما كان لو فَدَاهُ عن الْجِنَايَةِ
وَإِنْ أَبَى الْمُرْتَهِنُ أَنْ يَقْضِيَ وَقَضَاهُ الرَّاهِنُ بَطَلَ دَيْنُ الْمُرْتَهِنِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْفِدَاءِ من الْجِنَايَةِ فَإِنْ امْتَنَعَا عن قَضَاءِ دَيْنِهِ يُبَاعُ الْعَبْدُ بِالدَّيْنِ ويقضي دَيْنُ الْغَرِيمِ من ثَمَنِهِ لِأَنَّ دَيْنَ الْعَبْدِ مُقَدَّمٌ على حَقِّ الْمُرْتَهِنِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ مُقَدَّمٌ على حَقِّ الْمَوْلَى فَعَلَى حَقِّ الْمُرْتَهِنِ أَوْلَى لِأَنَّهُ دُونَهُ ثُمَّ إذَا بِيعَ الْعَبْدُ وقضى دَيْنُ الْغَرِيمِ من ثَمَنِهِ فَثَمَنُهُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ فيه وَفَاءٌ بِدَيْنِ الْغَرِيمِ وَإِمَّا إن لم يَكُنْ فيه وَفَاءٌ بِهِ فَإِنْ كان فيه وَفَاءٌ بِدَيْنِهِ فَدَيْنُهُ لَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ

مِثْلَ دَيْنِ الْمُرْتَهِنِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ منه وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أَقَلَّ منه فَإِنْ كان مثله أو أَكْثَرَ منه سَقَطَ دَيْنُ الْمُرْتَهِنِ كُلُّهُ لِأَنَّ الْعَبْدَ زَالَ عن مِلْكِ الرَّاهِنِ بِسَبَبٍ وُجِدَ في ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ فَصَارَ كَأَنَّهُ هَلَكَ وما فَضَلَ من ثَمَنِ الْعَبْدِ يَكُونُ لِلرَّاهِنِ لِأَنَّهُ بَدَلُ مِلْكِهِ لَا حَقَّ لِأَحَدٍ فيه فَيَكُونُ له خَاصَّةً وَإِنْ كان أَقَلَّ منه سَقَطَ من دَيْنِ الْمُرْتَهِنِ بِقَدْرِهِ وما فَضَلَ من ثَمَنِ الْعَبْدِ يَكُونُ رَهْنًا عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ بِمَا بَقِيَ لِأَنَّهُ لَا دَيْنَ فيه فيبقي رَهْنًا

ثُمَّ إنْ كان الدَّيْنُ قد حَلَّ أَخَذَهُ بِدَيْنِهِ إنْ كان من جِنْسِ حَقِّهِ وَإِنْ كان من خِلَافِ جِنْسِ حَقِّهِ أَمْسَكَهُ إلَى أَنْ يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ وَإِنْ كان الدَّيْنُ لم يَحِلَّ أَمْسَكَهُ بِمَا بَقِيَ من دَيْنِهِ إلَى أَنْ يَحِلَّ

هذا إذَا كان كُلُّ الْعَبْدِ مَضْمُونًا بِالدَّيْنِ فَأَمَّا إذَا كان نِصْفُهُ مَضْمُونًا وَنِصْفُهُ أَمَانَةً لَا يُصْرَفُ الْفَاضِلُ كُلُّهُ إلَى الْمُرْتَهِنِ بَلْ يُصْرَفُ نِصْفُهُ إلَى الْمُرْتَهِنِ وَنِصْفُهُ إلَى الرَّاهِنِ لِأَنَّ قَدْرَ الْأَمَانَةِ لَا دَيْنَ فيه فَيُصْرَفُ ذلك إلَى الرَّاهِنِ وَكَذَلِكَ أن كان قَدْرُ الْمَضْمُونِ منه وَالْأَمَانَةِ على التَّفَاضُلِ يُصْرَفُ الْفَضْلُ إلَيْهِمَا على قَدْرِ تَفَاوُتِ الْمَضْمُونِ وَالْأَمَانَةِ في ذلك لِمَا قُلْنَا

وإن لم يَكُنْ في ثَمَنِ الْعَبْدِ وَفَاءٌ بِدَيْنِ الْغَرِيمِ أَخَذَ الْغَرِيمُ ثَمَنَهُ وما بَقِيَ من دَيْنِهِ يَتَأَخَّرُ إلَى ما بَعْدَ الْعَتَاقِ وَلَا يَرْجِعُ بِهِ على أَحَدٍ لِأَنَّهُ لم يُوجَدْ سَبَبُ وُجُوبِ الضَّمَانِ من أَحَدٍ إنَّمَا وُجِدَ منه وَحُكْمُهُ تَعَلُّقُ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ وَاسْتِيفَاءُ الدَّيْنِ منها فإذا لم تَفِ رَقَبَتُهُ بِالدَّيْنِ يَتَأَخَّرُ ما بَقِيَ إلَى ما بَعْدَ الْعِتْقِ وإذا أُعْتِقَ وَأَدَّى الْبَاقِيَ لَا يَرْجِعُ بِمَا أَدَّى

على أَحَدٍ لِأَنَّهُ وَجَبَ عليه بِفِعْلِهِ فَلَا يَرْجِعُ على غَيْرِهِ

وَكَذَلِكَ حُكْمُ جِنَايَةِ وَلَدِ الرَّهْنِ على سَائِرِ الْأَمْوَالِ وَحُكْمُ جِنَايَةِ الْأُمِّ سَوَاءٌ في أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ الدَّيْنُ بِرَقَبَتِهِ كما في الْأُمِّ إلَّا أَنَّ هُنَا لَا يُخَاطَبُ الْمُرْتَهِنُ بِقَضَاءِ دَيْنِ الْغَرِيمِ لِأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ الدَّيْنِ لم يُوجَدْ في ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ وَلِأَنَّ الْوَلَدَ ليس بِمَضْمُونٍ بِخِلَافِ الْأُمِّ بَلْ يُخَاطَبُ الرَّاهِنُ بين أَنْ يَبِيعَ الْوَلَدَ بِالدَّيْنِ وَبَيْنَ أَنْ يَسْتَخْلِفَهُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ فَإِنْ قَضَى الدَّيْنَ بَقِيَ الْوَلَدُ رَهْنًا كما كان وَإِنْ بِيعَ بِالدَّيْنِ لَا يَسْقُطُ شَيْءٌ من دَيْنِ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّهُ ليس بِمَضْمُونٍ بِخِلَافِ الْأُمِّ

هذا الذي ذَكَرْنَا حُكْمُ جِنَايَةِ غَيْرِ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ وَحُكْمُ جِنَايَةِ الرَّهْنِ على غَيْرِ الرَّهْنِ فَأَمَّا حُكْمُ جِنَايَةِ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ جِنَايَةُ الرَّهْنِ على الرَّهْنِ نَوْعَانِ جِنَايَةٌ على الرَّهْنِ نَفْسِهِ وَجِنَايَةٌ على جِنْسِهِ أَمَّا جِنَايَتُهُ على نَفْسِهِ فَهِيَ وَالْهَلَاكُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ سَوَاءٌ ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان الْعَبْدُ كُلُّهُ مَضْمُونًا سَقَطَ من الدَّيْنِ بِقَدْرِ النُّقْصَانِ وَإِنْ كان بَعْضُهُ مَضْمُونًا وَبَعْضُهُ أَمَانَةً سَقَطَ من الدَّيْنِ قَدْرُ ما انْتَقَصَ من الْمَضْمُونِ لَا من الْأَمَانَةِ

وَأَمَّا جِنَايَةُ الرَّهْنِ على نَفْسِهِ فَعَلَى ضَرْبَيْنِ أَيْضًا جِنَايَةِ بَنِي آدَمَ على جِنْسِهِ وَجِنَايَةِ الْبَهِيمَةِ على جِنْسِهَا وَعَلَى غَيْرِ جِنْسِهَا

أَمَّا جِنَايَةُ بَنِي آدَمَ على جِنْسِهِ بِأَنْ كان الرَّهْنُ عَبْدَيْنِ فَجَنَى أَحَدُهُمَا على صَاحِبِهِ فَالْعَبْدَانِ لَا يَخْلُو إما إنْ كَانَا رَهْنًا في صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ وَإِمَّا إنْ كَانَا رَهْنًا في صَفْقَتَيْنِ فَإِنْ كَانَا رَهْنًا في صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ فَجَنَى أَحَدُهُمَا على صَاحِبِهِ فَجِنَايَتُهُ لَا تَخْلُو من أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ جِنَايَةِ الْمَشْغُولِ على الْمَشْغُولِ وَجِنَايَةِ

الْمَشْغُولِ على الْفَارِغِ وَجِنَايَةِ الْفَارِغِ على الْفَارِغِ وَجِنَايَةِ الْفَارِغِ على الْمَشْغُولِ وَالْكُلُّ هَدَرٌ إلَّا وَاحِدَةً وَهِيَ جِنَايَةُ الْفَارِغِ على الْمَشْغُولِ فَإِنَّهَا مُعْتَبَرَةٌ وَيَتَحَوَّلُ ما في الْمَشْغُولِ من الدَّيْنِ إلَى الْفَارِغِ وَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ أَمَّا جِنَايَةُ الْمَشْغُولِ على الْمَشْغُولِ فَلِأَنَّهَا لو اُعْتُبِرَتْ إمَّا أَنْ تُعْتَبَرَ لِحَقِّ الْمَوْلَى أَعْنِي الرَّاهِنَ وَإِمَّا أَنْ تُعْتَبَرَ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ وَالِاعْتِبَارُ لِحَقِّ الرَّهْنِ لَا سَبِيلَ إلَيْهِ في الْفُصُولِ كُلِّهَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِلْكُهُ وَجِنَايَةُ الْمَمْلُوكِ على الْمَمْلُوكِ سَاقِطَةُ الِاعْتِبَارِ لِحَقِّ الْمَالِكِ لِأَنَّ اعْتِبَارَهَا في حَقِّهِ لِوُجُوبِ الدَّفْعِ عليه أو الْفِدَاءِ له وَإِيجَابُ شَيْءٍ على الْإِنْسَانِ لِنَفْسِهِ مُمْتَنِعٌ وَلِهَذَا لَا يَجِبُ لِلْمَوْلَى على عَبْدِهِ دَيْنٌ وَلَا سَبِيلَ إلَى اعْتِبَارِ جِنَايَةِ الْمَشْغُولِ على الْمَشْغُولِ لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ لِحَقِّهِ يُحَوِّلُ ما في الْمَجْنِيِّ عليه من الدَّيْنِ إلَى الْجَانِي وَالْجَانِي مَشْغُولٌ بِدَيْنِ نَفْسِهِ وَالْمَشْغُولُ بِنَفْسِهِ لَا يَشْتَغِلُ بِغَيْرِهِ وَكَذَلِكَ جِنَايَةُ الْمَشْغُولِ على الْفَارِغِ لِمَا قُلْنَا

وَأَمَّا جِنَايَةُ الْفَارِغِ على الْفَارِغِ فَلِأَنَّهُ لَا دَيْنَ لِلْفَارِغِ لِيَتَحَوَّلَ إلَى الْجَانِي فَلَا يُفِيدُ اعْتِبَارُهَا في حَقِّهِ

وَأَمَّا جِنَايَةُ الْفَارِغِ على الْمَشْغُولِ فَمُمْكِنُ الِاعْتِبَارِ لِحَقٍّ يَتَحَوَّلُ ما فيه من الدَّيْنِ إلَى الْفَارِغِ

وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ في مَسَائِلَ إذَا كان الدَّيْنُ أَلْفَيْنِ وَالرَّهْنُ عَبْدَيْنِ يُسَاوِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفًا فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أو جَنَى عليه جِنَايَةً فِيمَا دُونَ النَّفْسِ مِمَّا قَلَّ أَرْشُهَا أو كَثُرَ فَجِنَايَتُهُ هَدَرٌ وَيَسْقُطُ الدَّيْنُ الذي كان في الْمَجْنِيِّ عليه بِقَدْرِهِ وَلَا يَتَحَوَّلُ قَدْرُ ما سَقَطَ إلَى الْجَانِي لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَشْغُولٌ كُلُّهُ بِالدَّيْنِ وَجِنَايَةُ الْمَشْغُولِ على الْمَشْغُولِ هَدَرٌ فَجُعِلَ كَأَنَّ الْمَجْنِيَّ عليه هَلَكَ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ

وَلَوْ كان الدَّيْنُ أَلْفًا فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَلَا دَفْعَ وَلَا فِدَاءَ وكان الْقَاتِلُ رَهْنًا بِسَبْعِمِائَةٍ وَخَمْسِينَ لِأَنَّ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من الدَّيْنِ خَمْسَمِائَةٍ فَكَانَ نِصْفُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَارِغًا وَنِصْفُهُ مَشْغُولًا فإذا قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَقَدْ جَنَى كُلُّ وَاحِدٍ من نِصْفَيْ الْقَاتِلِ على النِّصْفِ الْمَشْغُولِ وَالنِّصْفِ الْفَارِغِ من الْمَجْنِيِّ عليه وَجِنَايَةُ قَدْرِ الْمَشْغُولِ على الْمَشْغُولِ وَقَدْرِ الْمَشْغُولِ على الْفَارِغِ وَقَدْرِ الْفَارِغِ على الْفَارِغِ هَدَرٌ لِمَا بَيَّنَّا فَيَسْقُطُ ما كان فيه شَيْءٌ من الدَّيْنِ وَلَا يَتَحَوَّلُ إلَى الْجَانِي وَجِنَايَةُ قَدْرِ الْفَارِغِ على قَدْرِ الْمَشْغُولِ مُعْتَبَرَةٌ فَيَتَحَوَّلُ قَدْرُ ما كان فيه إلَى الْجَانِي وَذَلِكَ مِائَتَانِ وَخَمْسُونَ وقد كان في الْجَانِي خمسماية ((خمسمائة)) فيبقي رَهْنًا بِسَبْعِمِائَةٍ وَخَمْسِينَ

وَلَوْ فَقَأَ أَحَدُهُمَا عَيْنَ صَاحِبِهِ تَحَوَّلَ نِصْفُ ما كان من الدَّيْنِ في الْعَيْنِ إلَى الْبَاقِي فَيَصِيرُ الْبَاقِي رَهْنًا بِسِتِّمِائَةٍ وَخَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ وَبَقِيَ الْمَفْقُوءُ عَيْنُهُ رَهْنًا بِمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ لِأَنَّ الْعَبْدَ الفاقىء ((الفاقئ)) جَنَى على نِصْفِ الْعَبْدِ الْآخَرِ لِأَنَّ الْعَيْنَ من الْآدَمِيِّ نِصْفُهُ إلَّا أَنَّ ذلك النِّصْفَ نِصْفُهُ مَشْغُولٌ بِالدَّيْنِ وَنِصْفُهُ فَارِغٌ من الدَّيْنِ والفاقىء ((والفاقئ)) جَنَى على النِّصْفِ الْمَشْغُولِ وَالْفَارِغِ جميعا والفاقىء ((والفاقئ)) نِصْفُهُ مَشْغُولٌ وَنِصْفُهُ فَارِغٌ إلَّا أَنَّ جِنَايَةَ الْمَشْغُولِ على قَدْرِ الْمَشْغُولِ وَالْفَارِغِ وَجِنَايَةَ الْفَارِغِ على قَدْرِ الْفَارِغِ وَالْمَشْغُولِ فَقَدْرُ جِنَايَةِ الْفَارِغِ على قَدْرِ الْمَشْغُولِ مُعْتَبَرَةٌ فَيَتَحَوَّلُ قَدْرُ ما كان في الْمَشْغُولِ من الدَّيْنِ إلَى الفاقىء ((الفاقئ)) وَذَلِكَ مِائَةٌ وَخَمْسَةٌ

وَعِشْرُونَ وقد كان في الفاقىء (((الفاقئ))) خَمْسُمِائَةٍ فَيَصِيرُ الفاقىء (((الفاقئ))) رَهْنًا بِسِتِّمِائَةٍ وَخَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ وَيَبْقَى الْمَفْقُوءُ عَيْنُهُ رَهْنًا بِمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ لِانْعِدَامِ وُرُودِ الْجِنَايَةِ على ذلك النِّصْفِ وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
وَإِنْ كان الْعَبْدَانِ رَهْنًا في صَفْقَتَيْنِ فَإِنْ كان فِيهِمَا فَضْلٌ على الدَّيْنِ بِأَنْ كان الدَّيْنُ أَلْفًا وَقَدْرُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفًا فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ تُعْتَبَرُ الْجِنَايَةُ رَهْنًا بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ إذَا تَفَرَّقَتْ صَارَتْ بِمَنْزِلَةِ ما لو رَهَنَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَجُلًا على حِدَةٍ فَجَنَى أَحَدُهُمَا على الْآخَرِ وَهُنَاكَ يَثْبُتُ حُكْمُ الْجِنَايَةِ كَذَا هَهُنَا بِخِلَافِ ما إذَا اتَّحَدَتْ الصَّفْقَةُ
وإذا اُعْتُبِرَتْ الْجِنَايَةُ هُنَا يُخَيَّرُ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ فَإِنْ شَاءَا جَعَلَا الْقَاتِلَ مَكَانَ الْمَقْتُولِ فَيَبْطُلُ ما كان في القاتل (((القتل))) من الدَّيْنِ وَإِنْ شَاءَا فَدَيَا الْقَاتِلَ بِقِيمَةِ الْمَقْتُولِ وَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَ الْمَقْتُولِ وَالْقَاتِلُ رَهْنٌ على حَالِهِ
وَإِنْ لم يَكُنْ فِيهِمَا فَضْلٌ على الدَّيْنِ بِأَنْ كان الدَّيْنُ أَلْفَيْنِ وَقِيمَةُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَلْفًا فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ فَإِنْ دَفَعَاهُ في الْجِنَايَةِ قام الْمَدْفُوعُ مَقَامَ الْمَقْتُولِ وَيَبْطُلُ الدَّيْنُ الذي كان في الْقَاتِلِ وَإِنْ قَالَا نَفْدِي فَالْفِدَاءُ كُلُّهُ على الْمُرْتَهِنِ بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ هُنَاكَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ليس بِمَضْمُونٍ كل (((كله))) بَلْ بَعْضُهُ وَهُنَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونٌ كُلُّهُ فإذا حَلَّ الدَّيْنُ دَفَعَ الرَّاهِنُ أَلْفًا وَأَخَذَ عَبْدَهُ وَكَانَتْ الْأَلْفُ الْأُخْرَى قِصَاصًا بِهَذِهِ الْأَلْفِ إذَا كان مثله
وَلَوْ فَقَأَ أَحَدُهُمَا عَيْنَ الْآخَرِ قِيلَ لَهُمَا ادْفَعَاهُ أو افْدِيَاهُ فَإِنْ دَفَعَاهُ بَطَلَ ما كان فيه من الدَّيْنِ وَإِنْ فَدَيَاهُ كان الْفِدَاءُ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ وكان الْفِدَاءُ رَهْنًا مع الْمَفْقُوءِ عَيْنُهُ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ مُعْتَبَرَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا فَصَارَ كَعَبْدِ الرَّهْنِ إذَا جَنَى على عَبْدٍ أَجْنَبِيٍّ
فَإِنْ قال الْمُرْتَهِنُ أنا لَا أَفْدِي وَلَكِنِّي أَدَعُ الرَّهْنَ على حَالِهِ فَلَهُ ذلك وكان الفاقىء (((الفاقئ))) رَهْنًا مَكَانَهُ على حَالِهِ وقد ذَهَبَ نِصْفُ ما كان في الْمَفْقُوءِ من الدَّيْنِ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْجِنَايَةِ إنَّمَا كان لِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ لَا لِحَقِّ الرَّاهِنِ فإذا رضي الْمُرْتَهِنُ بِهَدْرِ الْجِنَايَةِ صَارَ هَدَرًا
وَإِنْ قال الرَّاهِنُ أنا أَفْدِي وقال الْمُرْتَهِنُ لَا أَفْدِي كان لِلرَّاهِنِ أَنْ يَفْدِيَهُ وَهَذَا إذَا طَلَبَ الْمُرْتَهِنُ حُكْمَ الْجِنَايَةِ لِأَنَّهُ إذَا طَلَبَ حُكْمَ الْجِنَايَةِ فَحُكْمُهَا التَّخْيِيرُ وَإِنْ أَبَى الرَّاهِنُ الْفِدَاءَ
وقال الْمُرْتَهِنُ أنا أَفْدِي وَالرَّاهِنُ حَاضِرٌ أو غَائِبٌ فَهُوَ على ما بَيَّنَّا في الْعَبْدِ الْوَاحِدِ
وَأَمَّا جِنَايَةُ الْبَهِيمَةِ على جِنْسِهَا فَهِيَ هَدَرٌ لِمَا رُوِيَ عن النبي أَنَّهُ قال جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ أَيْ هَدَرٌ وَالْعَجْمَاءُ الْبَهِيمَةُ وَالْجِنَايَةُ إذَا هُدِرَتْ سَقَطَ اعْتِبَارُهَا وَصَارَ الْهَلَاكُ بها وَالْهَلَاكُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ سَوَاءً وَكَذَلِكَ جِنَايَتُهَا على خِلَافِ جِنْسِهَا هَدَرٌ لِعُمُومِ الحديث وَأَمَّا جِنَايَةُ بَنِي آدَمَ عليها فَحُكْمُهَا وَحُكْمُ جِنَايَتِهِ على سَائِرِ الْأَمْوَالِ سَوَاءٌ وقد بَيَّنَّا ذلك
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يَخْرُجُ بِهِ الْمَرْهُونُ عن كَوْنِهِ مَرْهُونًا وَيَبْطُلُ بِهِ عَقْدُ الرَّهْنِ وما لَا يَخْرُجُ وَلَا يَبْطُلُ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ يَخْرُجُ الْمَرْهُونُ عن كَوْنِهِ مَرْهُونًا وَيَبْطُلُ الرَّهْنُ بِالْإِقَالَةِ لِأَنَّهَا فَسْخُ الْعَقْدِ وَنَقْضُهُ وَالشَّيْءُ لَا يَبْقَى مع ما يَنْقُضُهُ إلَّا أَنَّهُ لَا يَبْطُلُهُ بِنَفْسِ الْإِقَالَةِ من الْعَاقِدَيْنِ ما لم يَرُدَّ الْمُرْتَهِنُ الرَّهْنَ على الرَّاهِنِ بَعْدَ الْإِقَالَةِ حتى كان لِلْمُرْتَهِنِ حَبْسُهُ بَعْدَ الْإِقَالَةِ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يَنْعَقِدُ في الْحُكْمِ بِدُونِ الْقَبْضِ فَلَا يَتِمُّ فَسْخُهُ بِدُونِ فَسْخِهِ أَيْضًا وَفَسْخُهُ بِالرَّدِّ
وَعَلَى هذا يَخْرُجُ ما إذَا رَهَنَ عَبْدًا يُسَاوِي أَلْفًا بِأَلْفٍ فَقَبَضَهُ الْمُرْتَهِنُ ثُمَّ جاء

الرَّاهِنُ بِجَارِيَةٍ وقال لِلْمُرْتَهِنِ خُذْهَا مَكَانَ الْأُولَى وَرُدَّ الْعَبْدَ إلَيَّ لَا شَكَّ أَنَّ هذا جَائِزٌ لِأَنَّ هذا إقَالَةُ الْعَقْدِ في الْأَوَّلِ وَإِنْشَاءُ الْعَقْدِ في الثَّانِي وَهُمَا يَمْلِكَانِ ذلك إلَّا أَنَّهُ لَا يَخْرُجُ الْأَوَّلُ عن ضَمَانِ الرَّهْنِ إلَّا بِالرَّدِّ على الرَّاهِنِ حتى لو هَلَكَ في يَدِهِ قبل الرَّدِّ يَهْلِكُ بِالدَّيْنِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْقَبْضَ في هذا الْبَابِ يَجْرِي مَجْرَى الرُّكْنِ حتى لَا يَثْبُتُ الضَّمَانُ بِدُونِهِ فَلَا يَتِمُّ الْفَسْخُ بِدُونِ نَقْضِ الْقَبْضِ وَكَذَا لَا يَدْخُلُ الثَّانِي في الضَّمَانِ إلَّا بِرَدِّ الْأَوَّلِ حتى لو هَلَكَ الثَّانِي في يَدِهِ قبل رَدِّ الْأَوَّلِ يهلك (((ويهلك))) أَمَانَةً لِأَنَّ الرَّاهِنَ لم يَرْضَ بِرَهْنِيَّتِهِمَا على الْجَمِيعِ وَإِنَّمَا رضي بِرَهْنِ أَحَدِهِمَا حَيْثُ رَهَنَ الثَّانِيَ وَطَلَبَ رَدَّ الْأَوَّلِ وَالْأَوَّلُ كان مَضْمُونًا بِالْقَبْضِ فما لم يَخْرُجْ عن كَوْنِهِ مضونا (((مضمونا))) بِبَعْضِ الْقَبْضِ فيه لَا يَدْخُلُ الثَّانِي في الضَّمَانِ وَلَوْ هَلَكَا جميعا في يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَسَقَطَ الدَّيْنُ بِهَلَاكِ الْعَبْدِ وَهَلَكَتْ الْجَارِيَةُ بِغَيْرِ شَيْءٍ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ هَلَكَتْ في يَدِهِ فَتَهْلِكُ هَلَاكَ الْأَمَانَاتِ

وَلَوْ قَبَضَ الرَّاهِنُ الْعَبْدَ وسلم الْجَارِيَةَ خَرَجَ عن الضَّمَانِ لِأَنَّهُ خَرَجَ عن كَوْنِهِ مَرْهُونًا وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ مَضْمُونَةً حتى لو هَلَكَتْ تَهْلِكُ بِالدَّيْنِ لِأَنَّهُ رَهَنَهَا بِالدَّيْنِ الذي كان الْعَبْدُ مَرْهُونًا بِهِ وَالْعَبْدُ كان مَضْمُونًا بِذَلِكَ الدَّيْنِ فَكَذَا الْجَارِيَةُ فَإِنْ كانت قِيمَةُ الْعَبْدِ خَمْسَمِائَةٍ وهو رَهْنٌ بِأَلْفٍ وَقِيمَةُ

(6/170)

الْجَارِيَةِ أَلْفٌ فَهَلَكَتْ تَهْلِكُ بِالْأَلْفِ لِأَنَّهُ رَهَنَ الْجَارِيَةَ بِعَقْدٍ على حِدَةٍ فَكَانَتْ رَهْنًا ابْتِدَاءً إلَّا أَنَّ شَرْطَ كَوْنِهِ مَضْمُونًا رَدُّ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ لم يَرْضَ بِرَهْنِهِمَا جميعا إلَّا أَنْ يَكُونَ الثَّانِي بَدَلَ الْأَوَّلِ بَلْ هو مَقْصُودٌ بِنَفْسِهِ في كَوْنِهِ رَهْنًا فَكَانَ الْمَضْمُونُ قَدْرَ قِيمَتِهِ لَا قَدْرَ قِيمَةِ الْأَوَّلِ

وَلَوْ كان الْعَبْدُ يُسَاوِي أَلْفًا وَالْجَارِيَةُ تُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ فَرَدَّ الْعَبْدَ على الرَّاهِنِ وَقَبَضَ الْجَارِيَةَ فَهِيَ رَهْنٌ بِالْأَلْفِ وَلَكِنَّهَا إنْ هَلَكَتْ تَهْلِكُ بِخَمْسِمِائَةٍ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الثَّانِيَ أَصْلٌ بِنَفْسِهِ لِكَوْنِهِ مَرْهُونًا بِعَقْدٍ على حِدَةٍ فَيُعْتَبَرُ في الضَّمَانِ قَدْرُ قِيمَتِهِ وَلَا يَخْرُجُ بِاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ حتى لو هَلَكَ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ بَعْدَ ما اسْتَوْفَى دَيْنَهُ فَعَلَيْهِ رَدُّ ما اسْتَوْفَى وَيَخْرُجُ بِالْإِبْرَاءِ عن الدَّيْنِ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رَحِمَهُمْ اللَّهُ وَيَبْطُلُ الرَّهْنُ خِلَافًا لِزُفَرَ وَالْمَسْأَلَةُ مَرَّتْ في مَوَاضِعَ أُخَرَ من هذا الْكِتَابِ وَلَا يَخْرُجُ بِالْإِعَارَةِ وَيَخْرُجُ بِالْإِجَارَةِ بِأَنْ أَجَرَهُ الرَّاهِنُ من أَجْنَبِيٍّ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ أو الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ أو اسْتَأْجَرَهُ الْمُرْتَهِنُ وَيَبْطُلُ الرَّهْنُ وقد ذَكَرْنَا الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا فِيمَا تَقَدَّمَ

وَيَخْرُجُ بِالْكِتَابَةِ وَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ إذَا فَعَلَ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ وَيَخْرُجُ بِالْبَيْعِ بِأَنْ بَاعَهُ الرَّاهِنُ أو الْمُرْتَهِنُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ أو بَاعَهُ الْعَدْلُ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَرْهُونِ قد زَالَ بِالْبَيْعِ وَلَكِنْ لَا يَبْطُلُ الرَّهْنُ لِأَنَّهُ زَالَ إلَى خَلَفٍ وهو الثَّمَنُ فَبَقِيَ الْعَقْدُ عليه

وَكَذَا في كل مَوْضِعٍ خَرَجَ وَاخْتَلَفَ بَدَلًا وَيَخْرُجُ بِالْإِعْتَاقِ إذَا كان الْمُعْتِقُ مُوسِرًا بِالْإِنْفَاقِ وَإِنْ كان مُعْسِرًا فَكَذَلِكَ عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَخْرُجُ بِنَاءً على أَنَّ الْإعتاق نَافِذٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُ لَا يَنْفُذُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ هذا إعْتَاقٌ تَضَمَّنَ إبْطَالَ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ وَلَا شَكَّ أَنَّهُ تَضَمَّنَ إبْطَالَ حَقِّهِ لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِالرَّهْنِ وَيَبْطُلُ بِالْإِعْتَاقِ وَعِصْمَةُ حَقِّهِ تَمْنَعُ من الْإِبْطَالِ

وَلِهَذَا لَا يَنْفُذُ الْبَيْعُ كَذَا الْإِعْتَاقُ بِخِلَافِ ما إذَا كان الرَّاهِنُ مُوسِرًا لِأَنَّ هُنَاكَ لم يُوجَدْ الْإِبْطَالُ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ الْوُصُولُ إلَى دَيْنِهِ لِلْحَالِ من جِهَةِ الرَّاهِنِ
وَلَنَا أَنَّ إعْتَاقَهُ صَادَفَ مَوْقُوفًا هو مَمْلُوكُهُ رَقَبَةً فَيَنْفُذُ كَإِعْتَاقِهِ الْآبِقَ وَالْمُسْتَأْجَرَ وَدَلَالَةُ الْوَصْفِ ظَاهِرٌ لِأَنَّ الْمَرْهُونَ مَمْلُوكٌ لِلرَّاهِنِ عَيْنًا وَرَقَبَةً إنْ لم يَكُنْ مَمْلُوكًا يَدًا وَحَبْسًا وَمِلْكُ الرَّقَبَةِ يَكْفِي لِنَفَاذِ الْإِعْتَاقِ كما في اعتاق الْعَبْدِ الْمُسْتَأْجَرِ وَالْآبِقِ
وَقَوْلُهُ يُبْطِلُ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ
قُلْنَا نعم لَكِنْ ضَرُورَةَ بُطْلَانِ مِلْكِ الرَّاهِنِ وَذَا لَا يَمْنَعُ النَّفَاذَ كما في مَوْضِعِ الْإِجْمَاعِ مع ما أَنَّ الثَّابِتَ لِلرَّاهِنِ حَقِيقَةُ الْمِلْكِ وَالثَّابِتَ المرتهن (((للمرتهن))) حَقُّ الْحَبْسِ وَلَا شَكَّ أَنَّ اعْتِبَارَ الْحَقِيقَةِ أَوْلَى لِأَنَّهَا أَقْوَى بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ نَفَاذَهُ يَعْتَمِدُ قِيَامَ مِلْكِ الرَّقَبَةِ وَالْيَدِ جميعا لِأَنَّ الْقُدْرَةَ على تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ شَرْطُ نَفَاذِهِ ولم يُوجَدْ في الْمَرْهُونِ لِأَنَّهُ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ فإذا نَفَذَ إعْتَاقُهُ خَرَجَ الْعَبْدُ عن أَنْ يَكُونَ مَرْهُونًا لِأَنَّهُ صَارَ حُرًّا من كل وَجْهٍ وَالْحُرُّ من وَجْهٍ وهو الْمُدَبَّرُ لَا يَصْلُحُ لِلرَّهْنِ فَالْحُرُّ من كل وَجْهٍ أَوْلَى وَلِهَذَا لم يَصْلُحْ رَهْنًا في حَالَةِ الِابْتِدَاءِ فَكَذَا في حَالَةِ الْبَقَاءِ
ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كان الرَّاهِنُ مُوسِرًا وَالدَّيْنُ حَالٌّ يُجْبَرُ الرَّاهِنُ على قَضَائِهِ لِأَنَّهُ لَا مَعْنَى لِإِيجَابِ الضَّمَانِ وَكَذَلِكَ إنْ كان الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا وقد حَلَّ الْأَجَلُ وَإِنْ كان لم يَحِلَّ غَرِمَ الرَّاهِنُ قِيمَةَ الْعَبْدِ وَأَخَذَهُ الْمُرْتَهِنُ رِضًا مَكَانَهُ وَلَا سِعَايَةَ على الْعَبْدِ أَمَّا وُجُوبُ الضَّمَانِ على الرَّاهِنِ فَلِأَنَّهُ أَبْطَلَ على الْمُرْتَهِنِ حَقَّهُ حَقًّا قَوِيًّا هو في مَعْنَى الْمِلْكِ أو هو مِلْكُهُ من وَجْهٍ لِصَيْرُورَتِهِ مُسْتَوْفِيًا دَيْنَهُ من مَالِيَّتِهِ من وَجْهٍ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا بِالْإِتْلَافِ وَأَمَّا كَوْنُهُ رَهْنًا فَلِأَنَّهُ بَدَلُ الْعَبْدِ وفي الْحَقِيقَةِ بَدَلُ مَالِيَّتِهِ فَيَقُومُ مَقَامَهُ وإذا حَلَّ الْأَجَلُ يُنْظَرُ إنْ كانت الْقِيمَةُ من جِنْسِ الدَّيْنِ يستوفي منها دَيْنَهُ فَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَكْثَرَ من الدَّيْنِ رَدَّ الْفَضْلَ على الرَّاهِنِ وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ من الدَّيْنِ يَرْجِعُ بِفَضْلِ الدَّيْنِ على الرَّاهِنِ وَإِنْ كانت قِيمَتُهُ من خِلَافِ جِنْسِ الدَّيْنِ حَبَسَهَا بِالدَّيْنِ حتى يَسْتَوْفِيَ دَيْنَهُ
وَأَمَّا عَدَمُ وُجُوبِ السِّعَايَةِ على الْعَبْدِ فَلِأَنَّهُ لم يُوجَدْ منه بِسَبَبِ وُجُوبِ الضَّمَانِ وهو الْإِتْلَافُ لِأَنَّ الْإِتْلَافَ وُجِدَ من الرَّاهِنِ لَا من الْعَبْدِ وَمُؤَاخَذَةُ الْإِنْسَانِ بِالضَّمَانِ من غَيْرِ مُبَاشَرَةِ سَبَبٍ منه خِلَافُ الْأَصْلِ وَكَذَلِكَ لو كان الرَّاهِنُ مُوسِرًا وَقْتَ الْإِعْتَاقِ ثُمَّ أَعْسَرَ بَعْدَ ذلك لِأَنَّ الْعِبْرَةَ لِوَقْتِ الْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ وَقْتُ مُبَاشَرَةِ سَبَبِ وُجُوبِ الضَّمَانِ وَإِنْ كان مُعْسِرًا فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَرْجِعَ بِدَيْنِهِ على الرَّاهِنِ إنْ شَاءَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ في الْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ وَيُعْتَبَرُ في الْعَبْدِ أَيْضًا أَقَلُّ قِيمَتِهِ وَقْتَ الرَّهْنِ وَوَقْتَ الْإِعْتَاقِ وَيَسْعَى في الْأَقَلِّ مِنْهُمَا وَمِنْ الدَّيْنِ حتى لو كان الدين أَلْفَيْنِ وَقِيمَةُ الْعَبْدِ وَقْتَ الرَّهْنِ أَلْفًا فَازْدَادَتْ قِيمَتُهُ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ حتى صَارَتْ تُسَاوِي أَلْفَيْنِ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الرَّاهِنُ وهو مُعْسِرٌ سَعَى الْعَبْدُ في أَلْفٍ قَدْرِ

قِيمَتِهِ وَقْتَ الرَّهْنِ وَلَوْ انْتَقَصَتْ قِيمَتُهُ حتى صَارَ يُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ سَعَى في خَمْسِمِائَةٍ قَدْرِ قِيمَتِهِ وَقْتَ الْإِعْتَاقِ
أَمَّا اخْتِيَارُ الرُّجُوعِ على الرَّاهِنِ فَلِأَنَّهُ أَبْطَلَ حَقَّهُ بِالْإِعْتَاقِ وَأَمَّا وِلَايَةُ اسْتِسْعَاءِ

الْعَبْدِ فَلِأَنَّ بِالرَّهْنِ صَارَتْ مَالِيَّةُ هذا الْعَبْدِ مَمْلُوكَةً لِلْمُرْتَهِنِ من وَجْهٍ لِأَنَّهُ صَارَ مُسْتَوْفِيًا لِدَيْنِهِ من مَالِيَّتِهِ فإذا أَعْتَقَهُ الرَّاهِنُ فَقَدْ صَارَتْ هذه الْمَالِيَّةُ مُحْتَبَسَةً عِنْدَ الْعَبْدِ فَوَصَلَتْ إلَى الْعَبْدِ بِالْإِتْلَافِ مَالِيَّةٌ مَشْغُولَةٌ بِحَقِّ الْمُرْتَهِنِ فَكَانَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَسْتَخْرِجَهَا منه وَلَا يُمْكِنُهُ ذلك إلَّا بِاسْتِسْعَاءِ الْعَبْدِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَهُ بِخِلَافِ حَالَةِ الْيَسَارِ لِأَنَّ الدَّيْنَ في الْحَقِيقَةِ على الرَّاهِنِ وَإِنَّمَا الْعَبْدُ جُعِلَ مَحَلًّا لِاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ منه عِنْدَ تَعَذُّرِ الِاسْتِيفَاءِ من الرَّاهِنِ على ما هو مَوْضُوعُ الرَّهْنِ في الشَّرْعِ أَنَّ الرَّاهِنَ يُؤْمَرُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ وَعِنْدَ التَّعَذُّرِ يُسْتَوْفَى من الرَّهْنِ كما قبل قبل الْإِعْتَاقِ وَالتَّعَذُّرِ عِنْدَ إعْسَارِ الرَّاهِنِ لَا عِنْدَ يَسَارِهِ فَيَسْعَى في حَالِ الْإِعْسَارِ لَا في حَالِ الْيَسَارِ وَبِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمشتري قبل الْقَبْضِ إذَا أَعْتَقَهُ الْمُشْتَرِي وهو مُفْلِسٌ لَا يَكُونُ لِلْبَائِعِ وِلَايَةُ اسْتِسْعَاءِ الْعَبْدِ بِقَدْرِ الثَّمَنِ وَإِنْ كان مَحْبُوسًا قبل التَّسْلِيمِ بِالثَّمَنِ كَالْمَرْهُونِ مَحْبُوسٌ بِالدَّيْنِ لِأَنَّ الْعَبْدَ بِنَفْسِ الْبَيْعِ خَرَجَ عن مِلْكِ الْبَائِعِ من كل وَجْهٍ فلم يُوجَدْ احْتِبَاسُ مَالِيَّةٍ مَمْلُوكَةٍ لِلْبَائِعِ عِنْدَ الْعَبْدِ وَإِنَّمَا لِلْبَائِعِ مُجَرَّدُ حَقِّ الْحَبْسِ فإذا خَرَجَ عن مَحَلِّيَّةِ الْحَبْسِ بِالْإِعْتَاقِ بَطَلَ حَقُّ الْحَبْسِ أَصْلًا وَبَقِيَ حَقُّهُ في مُطَالَبَةِ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ فَحَسْبُ أَمَّا هَهُنَا فَبِخِلَافِهِ

وَأَمَّا السِّعَايَةُ في الْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ فَلِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الِاسْتِسْعَاءَ لِمَكَانِ ضَرُورَةِ الْمَالِيَّةِ الْمَمْلُوكَةِ لِلْمُرْتَهِنِ من وَجْهٍ مُحْتَبَسَةً عِنْدَ الْعَبْدِ فَتُقَدَّرُ السِّعَايَةُ بِقَدْرِ الِاحْتِبَاسِ ثُمَّ إذَا سَعَى الْعَبْدُ يَرْجِعُ بِمَا سَعَى على الرَّاهِنِ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَ الرَّاهِنِ من خَالِصِ مِلْكِهِ على وَجْهِ الِاضْطِرَارِ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَوْجَبَ عليه السِّعَايَةَ وَالْقَاضِي أَلْزَمَهُ وَمَنْ قَضَى دَيْنَ غَيْرِهِ مُضْطَرًّا من مَالِ نَفْسِهِ لَا يَكُونُ مُتَبَرِّعًا وَيَرْجِعُ عليه كَالْوَارِثِ إذَا قَضَى دَيْنَ الْمَيِّتِ من مَالِ نَفْسِهِ أَنَّهُ يَرْجِعُ على التَّرِكَةِ كَذَا هذا فَإِنْ بَقِيَ بَعْدَ السِّعَايَةِ شَيْءٌ من الدَّيْنِ رَجَعَ الْمُرْتَهِنُ بِذَلِكَ على الرَّاهِنِ

وَلَوْ نَقَصَ الْعَبْدُ في السِّعْرِ قبل الْإِعْتَاقِ بِأَنْ كان الدَّيْنُ أَلْفًا وَقِيمَةُ الْعَبْدِ وَقْتَ الرَّهْنِ أَلْفًا فَنَقَصَ في السِّعْرِ حتى عَادَتْ قِيمَتُهُ إلَى خَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الرَّاهِنُ وهو مُعْسِرٌ سَعَى في قَدْرِ قِيمَتِهِ وَقْتَ الاعتاق وهو خَمْسُمِائَةٍ فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَرْجِعَ على الرَّاهِنِ بِخَمْسِمِائَةٍ أُخْرَى لِأَنَّهُ لم يَصِلْ إلَيْهِ من حَقِّهِ إلَّا قَدْرُ خَمْسِمِائَةٍ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عليه بِالْبَاقِي وَلَوْ لم يَنْقُصْ الْعَبْدُ في السِّعْرِ وَلَكِنَّهُ قَتَلَهُ عَبْدٌ يُسَاوِي مِائَةَ دِرْهَمٍ فَدُفِعَ مَكَانَهُ فَأَعْتَقَهُ الرَّاهِنُ وهو مُعْسِرٌ يَسْعَى في قِيمَتِهِ مِائَةِ دِرْهَمٍ وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ على الرَّاهِنِ وَيَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ على الرَّاهِنِ بِتِسْعِمِائَةٍ لِأَنَّهُ لَمَّا دُفِعَ بِهِ فَقَدْ قام مَقَامَ الْأَوَّلِ لَحْمًا وَدَمًا فَصَارَ رَهْنًا بِجَمِيعِ الْمَالِ كان الْأَوَّلَ قَائِمٌ وَتَرَاجَعَ سِعْرُهُ إلَى مِائَةٍ فَأَعْتَقَهُ الرَّاهِنُ وهو مُعْسِرٌ

وَلَوْ كان كَذَلِكَ لَسَعَى في قِيمَتِهِ وَقْتَ الْإِعْتَاقِ مِائَةِ دِرْهَمٍ وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ على الرَّاهِنِ وكان لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَرْجِعَ بِبَقِيَّةِ دَيْنِهِ على الرَّاهِنِ

كَذَا هذا

وَلَوْ كان الرَّهْنُ جَارِيَةً تُسَاوِي أَلْفًا بِأَلْفٍ فَوَلَدَتْ وَلَدًا يُسَاوِي أَلْفًا فَأَعْتَقَهَا الْمَوْلَى وهو مُعْسِرٌ سَعَيَا في أَلْفٍ لِأَنَّ الضَّمَانَ فِيهِمَا أَلْفٌ

وَلَوْ لم تَلِدْ وَلَكِنْ قَتَلَهَا عَبْدٌ قِيمَتُهُ أَلْفَانِ فَدُفِعَ بها ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى سَعَى في أَلْفِ دِرْهَمٍ لِأَنَّهُ كان مَضْمُونًا بهذا الْقَدْرِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمَقْتُولَةِ لَحْمًا وَدَمًا وَهِيَ كانت مَضْمُونَةً بهذا الْقَدْرِ كَذَا هذا

وَلَوْ قال الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ رَهَنْتُكَ عِنْدَ فُلَانٍ وَكَذَّبَهُ الْعَبْدُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وهو مُعْسِرٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى وَلَزِمَهُ السِّعَايَةُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ

وقال زُفَرُ رَحِمَهُ اللَّهُ الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ وَلَا سِعَايَةَ عليه
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْمَوْلَى بهذا الْإِقْرَارِ يُرِيدُ إلْزَامَ السِّعَايَةِ على الْعَبْدِ وَقَوْلُهُ في إلْزَامِ السِّعَايَةِ عليه غَيْرُ مَقْبُولٍ كما لو أَقَرَّ عليه بِذَلِكَ بَعْدَ الْإِعْتَاقِ
وَلَنَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِمَا يَمْلِكُ إنْشَاءَهُ عليه لِلْحَالِ لِثُبُوتِ الْوِلَايَةِ له عليه لِلْحَالِ لِوُجُودِ سَبَبِ الْوِلَايَةِ وهو الْمِلْكُ فَيَصِحُّ وَلَا يُلْتَفَتُ إلَى تَكْذِيبِ الْعَبْدِ بِخِلَافِ ما بَعْدَ الْإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ هُنَاكَ أَقَرَّ بِمَا لَا يَمْلِكُ لِلْحَالِ إنْشَاءَهُ لِزَوَالِ مِلْكِ الْوِلَايَةِ بِالْإِعْتَاقِ هذا إذَا أَعْتَقَهُ فَأَمَّا إذَا دَبَّرَهُ فَيَجُوزُ تَدْبِيرُهُ وَيَخْرُجُ عن كَوْنِهِ رَهْنًا أَمَّا جَوَازُ التَّدْبِيرِ فَلِأَنَّهُ يَقِفُ على قِيَامِ مِلْكِ الرَّقَبَةِ لِجَوَازِ الْإِعْتَاقِ وَمِلْكُ الرَّقَبَةِ قَائِمٌ بَعْدَ الرَّهْنِ
وَأَمَّا خُرُوجُهُ عن الرَّهْنِ فَلِأَنَّ الْمُدَبَّرَ لَا يَصْلُحُ رَهْنًا لِأَنَّ كَوْنَ الْمَرْهُونِ مَالًا مُطْلَقًا شَرْطُ جَوَازِ الرَّهْنِ على ما بَيَّنَّا فِيمَا تَقَدَّمَ وَبِالتَّدْبِيرِ خَرَجَ من أَنْ يَكُونَ مَالًا مُطْلَقًا فَيَخْرُجُ عن كَوْنِهِ رَهْنًا وَلِهَذَا لم يَصْلُحْ رَهْنًا ابْتِدَاءً فَكَذَا في حَالَةِ الْبَقَاءِ وَهَلْ يَسْعَى لِلْمُرْتَهِنِ لَا خِلَافَ في أَنَّ الرَّاهِنَ إذَا كان مُعْسِرًا يَسْعَى وَأَمَّا إذَا كان مُوسِرًا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ

رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَسْعَى وَذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ لَا يَسْعَى وَسَوَّى بين الْمُرْتَهِنِ وَبَيْنَ الْإِعْتَاقِ وهو أَنَّ الدَّيْنَ إنْ كان حَالًّا أَخَذَ الْمُرْتَهِنُ جَمِيعَ دَيْنِهِ من الرَّاهِنِ وَإِنْ كان مُؤَجَّلًا أَخَذَ قِيمَةَ الْعَبْدِ من الرَّاهِنِ وَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ كما في الْإِعْتَاقِ
وَجْهُ ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ أَنَّ الدَّيْنَ على الْمَوْلَى وَكَسْبُ الْمُدَبَّرِ مِلْكُ الْمَوْلَى لِأَنَّهُ بِالتَّدْبِيرِ لم يَخْرُجْ عن مِلْكِ الْمَوْلَى فَكَانَتْ سِعَايَةَ مَالِ الْمَوْلَى فَكَانَ صَرْفُ السِّعَايَةِ إلَى الْمُرْتَهِنِ قَضَاءَ دَيْنِ الْمَوْلَى من مَالِ الْمَوْلَى فَيَسْتَوِي فيه حَالُ الْإِعْسَارِ وَالْيَسَارِ بِخِلَافِ كَسْبِ الْمُعْتَقِ لِأَنَّهُ كَسْبُ الْحُرِّ من كل وَجْهٍ وَكَسْبُ الْحُرِّ من كل وَجْهٍ مِلْكُهُ فَكَانَتْ السِّعَايَةُ مِلْكَهُ وَالْأَصْلُ أَنْ لَا يُؤْمَرَ الْإِنْسَانُ بِقَضَاءِ دَيْنِ غَيْرِهِ من مَالِ نَفْسِهِ إلَّا عِنْدَ العجز (((العجر))) عن الْقَضَاءِ بِنَفْسِهِ فَيَتَقَيَّدُ بِحَالِ الْعَجْزِ وَهِيَ حَالَةُ الْإِعْسَارِ
وَجْهُ ما ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَنَّ السِّعَايَةَ وَإِنْ كانت مِلْكَ الْمَوْلَى لَكِنْ لَا صُنْعَ لِلْعَبْدِ في الْكِتَابَةِ بِسَبَبِ وُجُوبِهَا إذْ لَا صُنْعَ له في التَّدْبِيرِ بَلْ هو فِعْلُ الْمَوْلَى وَمَهْمَا أَمْكَنَ إيجَابُ الضَّمَانِ على من وُجِدَ منه مُبَاشَرَةٌ بِسَبَبِ وُجُوبِهِ كان أَوْلَى من إيجَابِهِ على من لَا صُنْعَ فيه أَصْلًا وَرَأْسًا فإذا كان الْمَوْلَى مُعْسِرًا كان الْإِمْكَانُ ثَابِتًا فَلَا مَعْنَى لِإِيجَابِ السِّعَايَةِ على الْعَبْدِ
ثُمَّ إذَا سَعَى في حَالَةِ الْإِعْسَارِ يَسْعَى في جَمِيعِ الدَّيْنِ بَالِغًا ما بَلَغَ لِأَنَّ السِّعَايَةَ مَالُ الْمَوْلَى فَكَانَ الِاسْتِسْعَاءُ من الْمُرْتَهِنِ اسْتِيفَاءَ الدَّيْنِ من مَالِ الْمَوْلَى فَكَانَ له أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ بِتَمَامِهِ
سَوَاءٌ كان الدَّيْنُ حَالًّا أو مُؤَجَّلًا لِمَا قُلْنَا وَقِيلَ إنْ كان الدَّيْنُ حَالًّا فَكَذَلِكَ فَأَمَّا إذَا كان مُؤَجَّلًا فَلَا يَسْعَى إلَّا في قَدْرِ قِيمَتِهِ وَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ وَهَكَذَا ذَكَرَ الْقَاضِي في شَرْحِهِ مُخْتَصَرَ الطَّحَاوِيِّ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ على هذا الْقَوْلِ أَنَّ الدَّيْنَ إذَا كان حَالًّا كان وَاجِبَ الْقَضَاءِ لِلْحَالِ على سَبِيلِ التَّضْيِيقِ وَهَذَا مَالُ الْمَوْلَى فيقضي منه دَيْنُهُ على الْكَمَالِ وإذا كان

مُؤَجَّلًا لَا يَجِبُ قَضَاؤُهُ لِلْحَالِ أَصْلًا وَلَا يَجِبُ على سَبِيلِ التَّضْيِيقِ إلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ بِالتَّدْبِيرِ فَوَّتَ حَقَّ الْمُرْتَهِنِ فَتَجِبُ إعَادَةُ حَقِّهِ إلَيْهِ بِعِوَضٍ يَقُومُ مَقَامَهُ جَبْرًا لِلْفَائِتِ فَيَتَقَدَّرُ الْجَائِزُ بِقَدْرِ الْفَائِتِ فَيَسْتَسْعِيهِ بِقَدْرِ قِيمَتِهِ وَيَكُونُ رَهْنًا مَكَانَهُ وَلَا يَرْجِعُ الْمُدَبَّرُ بِمَا يَسْعَى على الرَّاهِنِ بِخِلَافِ الْمُعْتَقِ فَوَقَعَ الْفَرْقُ بين التَّدْبِيرِ وَالْإِعْتَاقِ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْمُدَبَّرَ يَسْعَى في جَمِيعِ الدَّيْنِ بَالِغًا ما بَلَغَ وَلَا يُنْظَرُ إلَى الْقِيمَةِ وَالْمُعْتَقَ يَسْعَى في الْأَقَلِّ من قِيمَتِهِ وَمِنْ الدَّيْنِ وَالثَّانِي أَنَّ الْمُدَبَّرَ لَا يَرْجِعُ بِمَا يَسْعَى على الْمَوْلَى وَالْمُعْتَقَ يَرْجِعُ وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا يَرْجِعُ إلَى حَرْفٍ وَاحِدٍ وهو أَنَّ سِعَايَةَ الْمُدَبَّرِ مِلْكُ مَوْلَاهُ لِكَوْنِ الْمُدَبَّرِ مِلْكَهُ إذْ الْفَائِتُ بِالتَّدْبِيرِ ليس إلَّا مَنْفَعَةَ الْبَيْعِ فَكَانَ الِاسْتِسْعَاءُ اسْتِيفَاءَ الدَّيْنِ من مَالِ الْمَوْلَى فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ على التَّمَامِ وَالْكَمَالِ وَلَا يَرْجِعُ بِمَا يَسْعَى على الْمَوْلَى لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَ الْمَوْلَى من مَالِ الْمَوْلَى فَكَيْفَ يَرْجِعُ عليه بِخِلَافِ الْمُعْتَقِ لِأَنَّ سِعَايَةَ مِلْكِهِ على الْخُصُوصِ لِأَنَّهُ حُرٌّ خَالِصٌ إلَّا أَنَّهُ لَزِمَتْهُ السِّعَايَةُ لِاسْتِخْرَاجِ مِلْكِ الْمُرْتَهِنِ من وَجْهِ الْمُحْتَبَسِ عِنْدَهُ وهو مَالٌ فَتَتَقَدَّرُ السِّعَايَةُ بِقَدْرِ الِاحْتِبَاسِ وَيَرْجِعُ بِالسِّعَايَةِ على الْمَوْلَى إذَا كان مُعْسِرًا لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنًا وَاجِبًا عليه من مَالِ نَفْسِهِ مُضْطَرًّا فَيَمْلِكُ الرُّجُوعَ في الشَّرْعِ على ما بَيَّنَّا بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ

وَعَلَى ما ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ يَقَعُ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا في مَوْضِعٍ ثَالِثٍ أَيْضًا وهو أَنَّ الْمُدَبَّرَ يَسْعَى مع إيسَارِ الْمَوْلَى وَالْمُعْتَقَ لَا يَسْعَى مع إيسَارِهِ وقد بَيَّنَّا وَجْهَ ذلك فِيمَا تَقَدَّمَ

هذا إذَا أُعْتِقَ أو دُبِّرَ فَأَمَّا إذَا اُسْتُوْلِدَ بِأَنْ كان الرَّهْنُ جَارِيَةً فَحَبِلَتْ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ فَادَّعَاهُ الرَّاهِنُ فَدَعْوَاهُ لَا يَخْلُو أما إن كانت قبل وَضْعِ الْحَمْلِ وَإِمَّا إن كانت بَعْدَهُ فَإِنْ كانت قبل وَضْعِ الْحَمْلِ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَيَثْبُتُ نسب الْوَلَدُ منه وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَخَرَجَتْ عن الرَّهْنِ

أَمَّا صِحَّةُ الدَّعْوَةِ فَلِأَنَّ الْجَارِيَةَ مِلْكُهُ من كل وَجْهٍ وَالْمِلْكُ من وَجْهٍ يَكْفِي لِصِحَّةِ الدَّعْوَةِ فَالْمِلْكُ من كل وَجْهٍ أَوْلَى وَثُبُوتُ النَّسَبِ حُكْمُ صِحَّةِ الدَّعْوَةِ وَصَيْرُورَةُ الْجَارِيَةِ أُمَّ وَلَدٍ له حُكْمُ ثُبُوتِ النَّسَبِ وَخُرُوجُ الْجَارِيَةِ عن الرَّهْنِ حُكْمُ الِاسْتِيلَادِ وهو صَيْرُورَتُهَا أُمَّ وَلَدٍ له لِأَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ لَا تَصْلُحُ لِلرَّهْنِ أَلَا تَرَى أنها لَا تَصْلُحُ رَهْنًا ابْتِدَاءً فَكَذَا في حَالِ الْبَقَاءِ وَلَا سِعَايَةَ على الْوَلَدِ لِأَنَّهُ صَارَ حُرًّا قبل الْوِلَادَةِ فلم يَدْخُلْ في الرَّهْنِ فَلَا يَثْبُتُ حُكْمُ الرَّهْنِ فيه

وَأَمَّا الْجَارِيَةُ فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْعَبْدِ الْمَرْهُونِ إذَا دَبَّرَهُ الرَّاهِنُ وقد بَيَّنَّا ذلك كُلَّهُ وَإِنْ كانت الْجَارِيَةُ وَضَعَتْ الْحَمْلَ ثُمَّ ادَّعَى الرَّاهِنُ الْوَلَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَثَبَتَ النَّسَبُ وَصَارَ حُرًّا وَصَارَتْ الْجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ له وَخَرَجَتْ من الرَّهْنِ لِمَا ذَكَرْنَا في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ إلَّا أَنَّ هُنَا صَارَ الْوَلَدُ حُرًّا بعدما دخل في الرَّهْنِ وَصَارَتْ له حِصَّةٌ من الرَّهْنِ فَيُقْسَمُ الدَّيْنُ عَلَيْهِمَا على قَدْرِ قِيمَتِهِمَا إلَّا أَنَّ قِيمَةَ

الْجَارِيَةِ تُعْتَبَرُ يوم الرَّهْنِ وَقِيمَةَ الْوَلَدِ تُعْتَبَرُ يوم الدَّعْوَةِ فَيَكُونُ حُكْمُ الْجَارِيَةِ في حِصَّتِهَا من الدَّيْنِ حُكْمَ الْمُدَبَّرِ في جَمِيعِ الدَّيْنِ وقد ذَكَرْنَا ذلك وَحُكْمُ الْوَلَدِ في حِصَّتِهِ من الدَّيْنِ حُكْمُ الْمُعْتَقِ في جَمِيعِ ما ذَكَرْنَا وقد بَيَّنَّا ذلك إلَّا أَنَّ هُنَاكَ يُنْظَرُ إلَى ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ إلَى قِيمَةِ الْعَبْدِ وَقْتَ الرَّهْنِ وَإِلَى قِيمَتِهِ وَقْتَ

الْإِعْتَاقِ وَإِلَى الدَّيْنِ فَيَسْعَى في الْأَقَلِّ من الْأَشْيَاءِ الثَّلَاثَةِ وَهُنَا يُنْظَرُ فَقَطْ إلَى قِيمَةِ الْوَلَدِ وَقْتَ الدَّعْوَةِ وَإِلَى حِصَّتِهِ من الدَّيْنِ فَيَسْعَى في أَقَلِّهِمَا إذَا كان الرَّاهِنُ مُعْسِرًا وَيَرْجِعُ بِمَا سَعَى عليه

فصل وَأَمَّا حُكْمُ اخْتِلَافِ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ وَالْعَدْلِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إذَا كان الدَّيْنُ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَاخْتَلَفَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ في قَدْرِ الْمَرْهُونِ بِهِ فقال الرَّاهِنُ إنَّهُ رُهِنَ بِخَمْسِمِائَةٍ وقال الْمُرْتَهِنُ بِأَلْفٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ مع يَمِينِهِ لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ يَدَّعِي على الرَّاهِنِ زِيَادَةَ ضَمَانٍ وهو يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ

وَلَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ زِيَادَةَ ضَمَانٍ

وَلَوْ قال الرَّاهِنُ رَهَنْتُهُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ الذي لك عَلَيَّ وهو أَلْفٌ وَالرَّهْنُ يُسَاوِي أَلْفًا وقال الْمُرْتَهِنُ ارْتَهَنْتُهُ بِخَمْسِمِائَةٍ وَالرَّهْنُ قَائِمٌ فَقَدْ رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الرَّاهِنِ وَيَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا في قَدْرِ ما وَقَعَ عليه الْعَقْدُ وهو الْمَرْهُونُ بِهِ فَأَشْبَهَ اخْتِلَافَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي في مِقْدَارِ الثَّمَنِ وَهُنَاكَ يَتَحَالَفَانِ وَيَتَرَادَّانِ كَذَا هُنَا فَإِنْ هَلَكَ الرَّهْنُ قبل أَنْ يَتَحَالَفَا كان كما قال الْمُرْتَهِنُ لِأَنَّ الرَّاهِنَ يَدَّعِي عليه زِيَادَةَ ضَمَانٍ وهو يُنْكِرُ وَإِنْ إتفقا على أَنَّ الرَّهْنَ كان بِأَلْفٍ وَاخْتَلَفَا في قِيمَةِ الْجَارِيَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ الرَّاهِنَ يَدَّعِي عليه زِيَادَةَ ضَمَانٍ وهو يُنْكِرُ وَلِهَذَا كان الْقَوْلُ قَوْلَ الْغَاصِبِ في مِقْدَارِ الضَّمَانِ فَكَذَا هذا

وَلَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الرَّاهِنِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ زِيَادَةَ ضَمَانٍ وَكَذَلِكَ لو كان الرَّهْنُ ثَوْبَيْنِ هَلَكَ أَحَدُهُمَا فَاخْتَلَفَا في قِيمَةِ الْهَالِكِ إن الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ في قِيمَةِ الْهَالِكِ وَالْبَيِّنَةَ بَيِّنَةُ الرَّاهِنِ في زِيَادَةِ الْقِيمَةِ لِمَا قُلْنَا وَكَذَلِكَ لو اخْتَلَفَا في قَدْرِ الرَّهْنِ فقال الْمُرْتَهِنُ رَهَنْتَنِي هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وقال الرَّاهِنُ رَهَنْتُ أَحَدَهُمَا بِعَيْنِهِ يُحَلَّفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على دَعْوَى صَاحِبِهِ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا في قد (((قدر))) الْمَعْقُودِ عليه وَأَنَّهُ يُوجِبُ التَّحَالُفَ كما في بَابِ الْبَيْعِ

وَلَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الْمُرْتَهِنِ هَكَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ زِيَادَةَ ضَمَانٍ

وَلَوْ قال الرَّاهِنُ لِلْمُرْتَهِنِ هَلَكَ الرَّهْنُ في يَدِكَ وقال الْمُرْتَهِنُ قَبَضْتَهُ من (((مني))) بَعْدَ الرَّهْنِ فَهَلَكَ في يَدِكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا على دُخُولِهِ في الضَّمَانِ وَالْمُرْتَهِنُ يَدَّعِي الْبَرَاءَةَ وَالرَّاهِنُ يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ

وَلَوْ أقاما (((أقام))) الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَتُهُ أَيْضًا لِأَنَّهَا تُثْبِتُ اسْتِيفَاءَ الدَّيْنِ وَبَيِّنَةُ الْمُرْتَهِنِ تَنْفِي ذلك فَالْمُثْبِتَةُ أَوْلَى

وَلَوْ قال الْمُرْتَهِنُ هَلَكَ في يَدِ الرَّاهِنِ قبل أَنْ أَقْبِضَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الرَّاهِنَ يَدَّعِي دُخُولَهُ في الضَّمَانِ وهو يُنْكِرُ

وَلَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الرَّاهِنِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الضَّمَانَ

وَلَوْ كان الرَّهْنُ عَبْدًا فَاعْوَرَّ فَاخْتَلَفَا فقال الرَّاهِنُ كانت الْقِيمَةُ يوم الرَّهْنِ أَلْفًا فَذَهَبَ بِالِاعْوِرَارِ النِّصْفُ خَمْسُمِائَةٍ وقال الْمُرْتَهِنُ لَا بَلْ كانت قِيمَتُهُ يوم الرَّهْنِ خَمْسَمِائَةٍ وَإِنَّمَا ازْدَادَ بَعْدَ ذلك فَإِنَّمَا ذَهَبَ من حَقِّي الرُّبُعُ مِائَتَانِ وَخَمْسُونَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ لِأَنَّهُ يُسْتَدَلُّ بِالْحَالِ على الْمَاضِي فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا له

وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَتُهُ أَيْضًا لِأَنَّهَا تُثْبِتُ زِيَادَةَ ضَمَانٍ فَكَانَتْ أَوْلَى بِالْقَبُولِ

وَلَوْ كان الدَّيْنُ مِائَةً وَالرَّهْنُ في يَدِ عَدْلٍ فَبَاعَهُ فَاخْتَلَفَا فقال الرَّاهِنُ بَاعَهُ بِمِائَةٍ وقال الْمُرْتَهِنُ بِخَمْسِينَ وَدَفَعَ إلَيَّ وَصَدَّقَ الْعَدْلُ الرَّاهِنَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ مع يَمِينِهِ لِأَنَّ الْمَرْهُونَ خَرَجَ عن كَوْنِهِ مَضْمُونًا بِنَفْسِهِ بِخُرُوجِهِ عن كَوْنِهِ رَهْنًا بِالْمَبِيعِ وَتَحَوَّلَ الضَّمَانُ إلَى الثَّمَنِ فَالرَّاهِنُ يَدَّعِي تَحَوُّلَ زِيَادَةِ ضَمَانٍ وهو يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ كماإذا اخْتَلَفَا في مِقْدَارِ قِيمَةِ الرَّهْنِ بَعْدَ

هَلَاكِهِ
وَلَوْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الرَّاهِنِ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ زِيَادَةَ ضَمَانٍ وَبَيِّنَةُ الْمُرْتَهِنِ تَنْفِي تِلْكَ الزِّيَادَةَ فَالْمُثْبِتَةُ أَوْلَى لِأَنَّ اتِّفَاقَهُمَا على الرَّهْنِ اتِّفَاقٌ مِنْهُمَا على الدُّخُولِ في الضَّمَانِ فَالْمُرْتَهِنُ بِدَعْوَى الْبَيْعِ يَدَّعِي خُرُوجَهُ عن الضَّمَانِ وَتَحَوُّلَ الضَّمَانِ إلَى الثَّمَنِ وَالرَّاهِنُ يُنْكِرُ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ
وَكَذَلِكَ قال أبو حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه إذَا كان الرَّهْنُ مِثْلَ الدَّيْنِ في الْقِيمَةِ وَالْمُرْتَهِنُ مُسَلَّطٌ على بَيْعِهِ بِأَنْ ادَّعَى أَنَّهُ بَاعَهُ بِمِثْلِ الثَّمَنِ وهو أَلْفٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ وَإِنْ قال بِعْتُهُ بِتِسْعِمِائَةٍ لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ ضَاعَ وَلَا يَرْجِعُ على الرَّاهِنِ بِالنُّقْصَانِ إلَى أَنْ تَجِيءَ بَيِّنَتُهُ أو يُصَدِّقَهُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ كان مَضْمُونًا فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ في انْتِقَالِ الضَّمَانِ وَكَذَلِكَ الْعَدْلُ إذَا قال بِعْتُ بِتِسْعِمِائَةٍ وَلَا يُعْلَمُ إلَّا بِقَوْلِهِ لم يَكُنْ على الْعَدْلِ إلَّا تِسْعُمِائَةٍ

(6/174)

وَيَكُونُ الرَّاهِنُ رَاهِنًا بمافيه وَلَا يَرْجِعُ الْمُرْتَهِنُ على الرَّاهِنِ بِالْمِائَةِ الْفَاضِلَةِ لِأَنَّ قَوْلَ العبد (((العدل))) مَقْبُولٌ في بَرَاءَةِ نَفْسِهِ غَيْرُ مَقْبُولٍ في إسْقَاطِ الضَّمَانِ عن بَعْضِ ما تَعَلَّقَ بِهِ وَلَا في الرُّجُوعِ على الرَّاهِنِ
وَذَكَرَ في الْأَصْلِ إذَا كان الْمُرْتَهِنُ مُسَلَّطًا على الْبَيْعِ فَأَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ بَاعَهُ بِتِسْعَةٍ وَأَقَامَ الرَّاهِنُ بَيِّنَةً أَنَّهُ مَاتَ في يَدِ الْمُرْتَهِنِ أُخِذَ بِبَيِّنَةِ الْمُرْتَهِنِ
وقال أبو يُوسُفَ يُؤْخَذُ بِبَيِّنَةِ الرَّاهِنِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ بَيِّنَةَ الرَّاهِنِ تُثْبِتُ زِيَادَةَ ضَمَانٍ بِنَفْيِهَا بَيِّنَةَ الْمُرْتَهِنِ فَكَانَتْ الْمُثْبِتَةُ أَوْلَى
وَجْهُ رِوَايَةِ الْأَصْلِ أَنَّ بَيِّنَةَ الْمُرْتَهِنِ تُثْبِتُ أَمْرًا لم يَكُنْ وهو تَحَوُّلُ الضَّمَانِ من الْعَيْنِ إلَى الثَّمَنِ وَبَيِّنَةُ الرَّاهِنِ تُقَرِّرُ ضَمَانًا كان ثَابِتًا قبل الْمَوْتِ فَكَانَتْ الْمُثْبِتَةُ أَوْلَى وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
كِتَابُ الْمُزَارَعَةِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في مَوَاضِعَ في مَعْنَى الْمُزَارَعَةِ لُغَةً وَشَرْعًا وفي بَيَانِ شَرْعِيَّتِهَا وفي بَيَانِ رُكْنِ الْمُزَارَعَةِ وفي بَيَانِ الشَّرَائِطِ الْمُصَحِّحَةِ لِلرُّكْنِ على قَوْلِ من يُجِيزُ الْمُزَارَعَةَ وَالشَّرَائِطِ الْمُفْسِدَةِ لها وفي بَيَانِ حُكْمِ الْمُزَارَعَةِ الصَّحِيحَةِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ وفي بَيَانِ الْمَعَانِي التي هِيَ عُذْرٌ في فَسْخِ الْمُزَارَعَةِ وفي بَيَانِ الذي يَنْفَسِخُ بِهِ عَقْدُ الْمُزَارَعَةِ بَعْدَ وُجُودِهَا وفي بَيَانِ حُكْمِ الْمُزَارَعَةِ الْمُنْفَسِخَةِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْمُزَارَعَةُ في اللُّغَةِ مُفَاعَلَةٌ من الزَّرْعِ وهو الْإِنْبَاتُ وَالْإِنْبَاتُ الْمُضَافُ إلَى الْعَبْدِ مُبَاشَرَةً فِعْلٌ أَجْرَى اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْعَادَةَ بِحُصُولِ النَّبَاتِ عَقِيبَهُ لَا بِتَخْلِيقِهِ وَإِيجَادِهِ وفي عُرْفِ الشَّرْعِ عِبَارَةٌ عن الْعَقْدِ على الْمُزَارَعَةِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ بِشَرَائِطِهِ الْمَوْضُوعَةِ له شَرْعًا
فَإِنْ قِيلَ الْمُزَارَعَةُ من بَابِ الْمُفَاعَلَةِ فَيَقْتَضِي وُجُودَ الْفِعْلِ من اثْنَيْنِ كَالْمُقَابَلَةِ وَالْمُضَارَبَةِ وَنَحْوِهِمَا وَفِعْلُ الزَّرْعِ يُوجَدُ من الْعَامِلِ دُونَ غَيْرِهِ بِدَلِيلِ أَنَّهُ يُسَمَّى هو مُزَارِعًا دُونَ رَبِّ الْأَرْضِ وَالْبَذْرِ وَمَنْ لَا عَمَلَ من جِهَتِهِ فَكَيْفَ يُسَمَّى هذا الْعَقْدُ مُزَارَعَةً فَالْجَوَابُ عنه من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا إنَّ الْمُفَاعَلَةَ جَازَ أَنْ تُسْتَعْمَلَ فِيمَا لَا يُوجَدُ الْفِعْلُ إلَّا من وَاحِدٍ كَالْمُدَاوَاةِ وَالْمُعَالَجَةِ وَإِنْ كان الْفِعْلُ لَا يُوجَدُ إلَّا من الطَّبِيبِ وَالْمُعَالِجِ وقال اللَّهُ تَعَالَى عز شَأْنُهُ { قَاتَلَهُمْ

اللَّهُ أَنَّى يُؤْفَكُونَ } وَلَا أَحَدَ يَقْصِدُ مُقَاتَلَةَ اللَّهِ عز شَأْنَهُ فَكَذَلِكَ الْمُزَارَعَةُ جَازَ أَنْ تَكُونَ كَذَلِكَ
وَالثَّانِي إنْ كان أَصْلُ الْبَابِ ما ذُكِرَ فَقَدْ وُجِدَ الْفِعْلُ هُنَا من اثْنَيْنِ لِأَنَّ الْمُزَارَعَةَ مُفَاعَلَةٌ من الزَّرْعِ وَالزَّرْعُ هو الْإِنْبَاتُ لُغَةً وَشَرْعًا وَالْإِنْبَاتُ الْمُتَصَوَّرُ من الْعَبْدِ هو التَّسْبِيبُ لِحُصُولِ النَّبَاتِ وَفِعْلُ التَّسْبِيبِ يُوجَدُ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَّا أَنَّ التَّسْبِيبَ من أَحَدِهِمَا بِالْعَمَلِ وَمِنْ الْآخَرِ بِالتَّمْكِينِ من الْعَمَلِ بِإِعْطَاءِ الْآلَاتِ وَالْأَسْبَابِ التي لَا يَحْصُلُ الْعَمَلُ بِدُونِهَا عَادَةً فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُزَارِعًا حَقِيقَةً لِوُجُودِ فِعْلِ الزَّرْعِ منه بِطَرِيقِ التَّسْبِيبِ إلَّا أَنَّهُ اُخْتُصَّ الْعَامِلُ بهذا الِاسْمِ في الْعُرْفِ وَمِثْلُ هذا جَائِزٌ كَاسْمِ الدَّابَّةِ وَنَحْوِهِ على ما عُرِفَ في أُصُولِ الْفِقْهِ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرْعِيَّةُ الْمُزَارَعَةِ فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيها قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ إنها غَيْرُ مَشْرُوعَةٍ وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إنَّهَا مَشْرُوعَةٌ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا ما رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم دَفَعَ نَخْلَ خَيْبَرَ مُعَامَلَةً وَأَرْضَهَا مُزَارَعَةً وَأَدْنَى دَرَجَاتِ فِعْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْجَوَازُ وَكَذَا هِيَ شَرِيعَةٌ مُتَوَارَثَةٌ لِتَعَامُلِ السَّلَفِ وَالْخَلَفِ ذلك من غَيْرِ إنْكَارٍ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ عَقْدَ الْمُزَارَعَةِ اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ الْخَارِجِ وأنه مَنْهِيٌّ بِالنَّصِّ وَالْمَعْقُولِ
أَمَّا النَّصُّ فما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لِرَافِعِ بن خَدِيجٍ في حَائِطٍ لَا تَسْتَأْجِرْهُ بِشَيْءٍ منه وَرُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ نهى عن قَفِيزِ الطَّحَّانِ وَالِاسْتِئْجَارُ بِبَعْضِ الْخَارِجِ في مَعْنَاهُ وَالْمَنْهِيُّ غَيْرُ مَشْرُوعٍ
وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَهُوَ أَنَّ الِاسْتِئْجَارَ بِبَعْضِ الْخَارِجِ من النِّصْفِ وَالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ وَنَحْوِهِ اسْتِئْجَارٌ بِبَدَلٍ مَجْهُولٍ وأنه لَا يَجُوزُ كما في الْإِجَارَةِ وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ حَدِيثَ خَيْبَرَ مَحْمُولٌ على الْجِزْيَةِ دُونَ الْمُزَارَعَةِ صِيَانَةً لِدَلَائِلِ الشَّرْعِ عن التَّنَاقُضِ وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ حَمْلُهُ على الْمُزَارَعَةِ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قال فيه أُقِرُّكُمْ ما أَقَرَّكُمْ اللَّهُ وَهَذَا منه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَجْهِيلُ الْمُدَّةِ وَجَهَالَةُ الْمُدَّةِ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْمُزَارَعَةِ بِلَا خِلَافٍ بَقِيَ تَرْكُ الْإِنْكَارِ على التَّعَامُلِ وَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِلْجَوَازِ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِكَوْنِهِ مَحَلَّ الِاجْتِهَادِ فَلَا يَدُلُّ على الْجَوَازِ مع الِاحْتِمَالِ

فَصْلٌ وَأَمَّا رُكْنُ الْمُزَارَعَةِ فَهُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ وهو أَنْ يَقُولَ صَاحِبُ الْأَرْضِ لِلْعَامِلِ دَفَعْتُ إلَيْكَ هذه الْأَرْضَ مزراعة (((مزارعة))) بِكَذَا وَيَقُولَ الْعَامِلُ قَبِلْتُ أو رَضِيتُ أو ما يَدُلُّ على قَبُولِهِ وَرِضَاهُ فإذا وُجِدَا تَمَّ الْعَقْدُ بَيْنَهُمَا
فَصْلٌ وَأَمَّا الشَّرَائِطُ فَهِيَ في الْأَصْلِ نَوْعَانِ شَرَائِطُ مُصَحِّحَةٌ لِلْعَقْدِ على قَوْلِ من يُجِيزُ الْمُزَارَعَةَ وَشَرَائِطُ مُفْسِدَةٌ له أَمَّا الْمُصَحِّحَةُ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمُزَارِعِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الزَّرْعِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى ما عَقَدَ عليه الْمُزَارَعَةَ

وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْآلَةِ لِلْمُزَارَعَةِ وَبَعْضُهَا إلَى الْخَارِجِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمَزْرُوعِ فيه وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى مُدَّةِ الْمُزَارَعَةِ
أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُزَارِعِ فَنَوْعَانِ الْأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا فَلَا تَصِحُّ مُزَارَعَةُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ الْمُزَارَعَةَ دَفْعًا وَاحِدًا لِأَنَّ الْعَقْلَ شَرْطُ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفَاتِ
وَأَمَّا الْبُلُوغُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ الْمُزَارَعَةِ حتى تَجُوزَ مُزَارَعَةُ الصَّبِيِّ الْمَأْذُونِ دَفْعًا وَاحِدًا لِأَنَّ الْمُزَارَعَةَ اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ الْخَارِجِ وَالصَّبِيُّ الْمَأْذُونُ يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ لِأَنَّهَا تِجَارَةٌ فَيَمْلِكُ الْمُزَارَعَةَ وَكَذَلِكَ الْحُرِّيَّةُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْمُزَارَعَةِ فَتَصِحُّ الْمُزَارَعَةُ من الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ دَفْعًا وَاحِدًا لِمَا ذَكَرْنَا في الصَّبِيِّ الْمَأْذُونِ
وَالثَّانِي أَنْ لَا يَكُونَ مُرْتَدًّا على قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ في قِيَاسِ قَوْلِ من أَجَازَ الْمُزَارَعَةَ فَلَا تَنْفُذُ مُزَارَعَتُهُ لِلْحَالِ بَلْ هِيَ مَوْقُوفَةٌ وَعِنْدَهُمَا هذا ليس بِشَرْطٍ لِجَوَازِ الْمُزَارَعَةِ وَمُزَارَعَةُ الْمُرْتَدِّ نَافِذَةٌ لِلْحَالِ
بَيَانُ ذلك أَنَّهُ إذَا دَفَعَ الْمُرْتَدُّ أَرْضًا إلَى رَجُلٍ مُزَارَعَةً بِالنِّصْفِ أو بِالثُّلُثِ أو بِالرُّبُعِ فَعَمِلَ الرَّجُلُ وَأَخْرَجَتْ الْأَرْضُ زَرْعًا ثُمَّ قُتِلَ الْمُرْتَدُّ أو مَاتَ على الرِّدَّةِ أو لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَقُضِيَ بِلَحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ فَهَذَا على وَجْهَيْنِ إمَّا إن دَفَعَ الْأَرْضَ وَالْبَذْرَ جميعا مُزَارَعَةً أو دَفَعَ الْأَرْضَ دُونَ الْبَذْرِ فَإِنْ دَفَعَهُمَا جميعا مُزَارَعَةً فَالْخَارِجُ كُلُّهُ لِلْمُزَارِعِ وَلَا شَيْءَ لِوَرَثَةِ الْمُرْتَدِّ لِأَنَّ مُزَارَعَتَهُ كانت مَوْقُوفَةً فإذا مَاتَ أو لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَصِحَّ أَصْلًا فَصَارَ كَأَنَّ الْعَامِلَ زَرَعَ أَرْضَهُ بِبَذْرٍ مَغْصُوبٍ وَمَنْ غَصَبَ من آخَرَ حَبًّا وَبَذَرَ بِهِ أَرْضَهُ فَأَخْرَجَتْ كان الْخَارِجُ له دُونَ صَاحِبِ الْبَذْرِ وَعَلَى الْعَامِلِ مِثْلُ ذلك الْبَذْرِ لِأَنَّهُ مَغْصُوبٌ اسْتَهْلَكَهُ وَلَهُ مِثْلُهُ فَيَلْزَمُهُ مِثْلُهُ
ثُمَّ يُنْظَرُ إنْ كانت الْأَرْضُ نَقَصَتْهَا الْمُزَارَعَةُ فَعَلَيْهِ ضَمَانُ النُّقْصَانِ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَيَجِبُ عليه الضَّمَانُ وَيَتَصَدَّقُ بِمَا وَرَاءَ قَدْرِ الْبَذْرِ وَنُقْصَانِ الْأَرْضِ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِسَبَبٍ خَبِيثٍ فَكَانَ سَبِيلُهُ التَّصَدُّقَ وَإِنْ كانت لم يَنْقُصْهَا الْمُزَارَعَةُ فَلَا ضَمَانَ عليه لِانْعِدَامِ الْإِتْلَافِ وَإِنْ أَسْلَمَ فَالْخَارِجُ بَيْنَهُمَا على الشَّرْطِ سَوَاءٌ أَسْلَمَ قبل أَنْ يَسْتَحْصِدَ الزَّرْعُ أو بعدما اسْتَحْصَدَ لِأَنَّهُ لَمَّا أَسْلَمَ تَبَيَّنَ أَنَّ المزراعة (((المزارعة))) وَقَعَتْ صَحِيحَةً
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ الْخَارِجُ على الشَّرْطِ كَيْفَ ما كان لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ نَافِذَةٌ عِنْدَهُمَا بِمَنْزِلَةِ تَصَرُّفَاتِ الملسم (((المسلم))) فَتَكُونُ حِصَّتُهُ له
فَإِنْ مَاتَ أو لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ يَكُونُ لِوَرَثَتِهِ
وَإِنْ دَفَعَ إلَيْهِ الْأَرْضَ دُونَ الْبَذْرِ فَالْخَارِجُ له أَيْضًا لِأَنَّهُ لَمَّا ظَهَرَ أَنَّهُ لَمَّا لم تَصِحَّ المزراعة (((المزارعة))) صَارَ كَأَنَّهُ غَصَبَ أَرْضًا وَبَذَرَهَا بِبَذْرِ نَفْسِهِ فَأَخْرَجَتْ
وَلَوْ كان كَذَلِكَ كان الْخَارِجُ له كَذَا هذا إلَّا أَنَّهُ يَأْخُذُ من ذلك قَدْرَ بَذْرِهِ وَنَفَقَتِهِ وَضَمَانِ النُّقْصَانِ إنْ كانت الْمُزَارَعَةُ نَقَصَتْهَا وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ لِمَا ذَكَرْنَا
وَإِنْ كانت لم تَنْقُصْهَا فَقِيَاسُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ على قِيَاسِ قَوْلِ من أَجَازَ المزراعة (((المزارعة))) أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ كُلُّهُ لِلْعَامِلِ وَلَا يَلْزَمَهُ نُقْصَانُ الْأَرْضِ وَلَا غَيْرُهُ وفي الِاسْتِحْسَانِ الْخَارِجُ بين الْعَامِلِ وَبَيْنَ وَرَثَةِ الْمُرْتَدِّ على الشَّرْطِ
وَجْهُ الْقِيَاسِ ما ذَكَرْنَا أَنَّهُ يَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْغَاصِبِ وَمَنْ غَصَبَ من آخَرَ أَرْضًا فَزَرَعَهَا بِبَذْرِ نَفْسِهِ ولم تَنْقُصْهَا الزِّرَاعَةُ كان الْخَارِجُ كُلُّهُ له وَلَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ كَذَا هذا

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ انْعِدَامَ صِحَّةِ تَصَرُّفِ الْمُرْتَدِّ بَعْدَ الْمَوْتِ وَاللَّحَاقِ ليس لِمَكَانِ انْعِدَامِ أَهْلِيَّتِهِ لِأَنَّ الرِّدَّةَ لَا تُنَافِي انْعِدَامَ الْأَهْلِيَّةِ بَلْ لِتَعَلُّقِ حَقِّ وَرَثَتِهِ بِمَالِهِ لِوُجُودِ أَمَارَةِ الِاسْتِغْنَاءِ بِالرِّدَّةِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يُسْلِمُ بَلْ يُقْتَلُ أو يَلْحَقُ بِدَارِ الْحَرْبِ فَيَسْتَغْنِي عن مَالِهِ فَيَثْبُتُ التَّعَلُّقُ نَظَرًا لهم وَنَظَرُهُمْ هُنَا في تَصْحِيحِ التَّصَرُّفِ لَا في إبْطَالِهِ لِيَصِلَ إلَيْهِمْ شَيْءٌ فَأَشْبَهَ الْعَبْدَ الْمَحْجُورَ إذَا آجَرَ نَفْسَهُ وَسَلِمَ من الْعَمَلِ أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ تَصَرُّفُهُ بَلْ يُصَحَّحُ حتى تَجِبَ الاجرة لِأَنَّ الْحُكْمَ يبطلان (((ببطلان))) تَصَرُّفِهِ لِنَظَرِ المولي وَنَظَرُهُ هَهُنَا في التَّصْحِيحِ دُونَ الْإِبْطَالِ كَذَا هذا وإذا أَسْلَمَ الْمُرْتَدُّ فَالْخَارِجُ على الشَّرْطِ سَوَاءٌ أَسْلَمَ قبل انْقِضَاءِ الْمُزَارَعَةِ أو بَعْدَ انْقِضَائِهَا نَقَصَتْ الزِّرَاعَةُ الْأَرْضَ أو لم تَنْقُصْهَا كما ذَكَرْنَا في الْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَعَلَى قَوْلِهِمَا الْخَارِجُ على الشَّرْطِ كَيْفَ ما كان أَسْلَمَ أو قُتِلَ أو لَحِقَ لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِهِ نَافِذَةٌ بِمَنْزِلَةِ تَصَرُّفَاتِ الْمُسْلِمِ هذا إذَا

دَفَعَ مُرْتَدٌّ أَرْضَهُ مُزَارَعَةً إلَى مُسْلِمٍ فأما إذَا دَفَعَ مُسْلِمٌ أَرْضَهُ مُزَارَعَةً إلَى مُرْتَدٍّ فَهَذَا على وَجْهَيْنِ أَيْضًا إمَّا إنْ دَفَعَ الْأَرْضَ وَالْبَذْرَ جميعا أو دَفَعَ الْأَرْضَ دُونَ الْبَذْرِ فَإِنْ دَفَعَهُمَا جميعا مُزَارَعَةً فَعَمِلَ الْمُرْتَدُّ فَأَخْرَجَتْ الْأَرْضُ زَرْعًا كَثِيرًا ثُمَّ قُتِلَ الْمُرْتَدُّ أو مَاتَ أو لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ فَالْخَارِجُ كُلُّهُ بين الْمُسْلِمِ وَبَيْنَ وَرَثَةِ الْمُرْتَدِّ على الشَّرْطِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّ انْعِدَامَ صِحَّةِ تَصَرُّفِ الْمُرْتَدِّ لَا لِعَيْنِ رِدَّتِهِ بَلْ لِتَضَمُّنِهِ إبْطَالَ حَقِّ الْوَرَثَةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِمَالِهِ على ما مَرَّ وَعَمَلُ الْمُرْتَدِّ هَهُنَا ليس تَصَرُّفًا في مَالِهِ بَلْ على نَفْسِهِ بِإِيفَاءِ الْمَانِعِ وَلَا حَقَّ لِوَرَثَتِهِ في نَفْسِهِ فَصَحَّتْ الْمُزَارَعَةُ فَكَانَ الْخَارِجُ على الشَّرْطِ الْمَذْكُورِ

وَإِنْ دَفَعَ الْأَرْضَ دُونَ الْبَذْرِ فَعَمِلَ الْمُرْتَدُّ بِبَذْرِهِ وَأَخْرَجَتْ الْأَرْضُ زَرْعًا فَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ على قِيَاسِ قَوْلِ منأجَازَ الْمُزَارَعَةَ إن الْخَارِجَ كُلَّهُ لِوَرَثَةِ الْمُرْتَدِّ وَلَا يَجِبُ نُقْصَانُ الْأَرْضِ لِأَنَّ عِنْدَهُ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ مَوْقُوفَةٌ غَيْرُ نَافِذَةٍ لِلْحَالِ فلم تَنْفُذْ مُزَارَعَتُهُ فَكَانَ الْخَارِجُ حَادِثًا على مِلْكِهِ لِكَوْنِهِ نَمَاءَ مِلْكِهِ فَكَانَ لِوَرَثَتِهِ وَفِيهِ إشْكَالٌ وهو أَنَّ هذا الْخَارِجَ من أَكْسَابِ رِدَّتِهِ وَكَسْبُ الرِّدَّةِ فَيْءٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَكَيْفَ يَكُونُ لِوَرَثَتِهِ

وَالْجَوَابُ أَنَّهُ حين بَذَرَ كان حَقُّ الْوَرَثَةِ مُتَعَلِّقًا بِالْبَذْرِ لِمَا مَرَّ من قَبْلُ فَالْحَاصِلُ منه يَحْدُثُ على مِلْكِهِمْ فَلَا يَكُونُ كَسْبَ الرِّدَّةِ وَلَا يَجِبُ نُقْصَانُ الْأَرْضِ لِأَنَّ ضَمَانَ النُّقْصَانِ يَعْتَمِدُ إتْلَافَ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ ولم يُوجَدْ إذْ الْمُزَارَعَةُ حَصَلَتْ بِإِذْنِ الْمَالِكِ

وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ الْخَارِجُ على الشَّرْطِ كما إذَا كان مُسْلِمًا لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ أَسْلَمَ فَالْخَارِجُ على الشَّرْطِ بِلَا خِلَافٍ سَوَاءٌ أَسْلَمَ قبل أَنْ يَسْتَحْصِدَ الزَّرْعُ أو بَعْدَ ما اسْتَحْصَدَ لِمَا ذَكَرْنَا

هذا إذَا كانت الْمُزَارَعَةُ بين مُرْتَدٍّ وَمُسْلِمٍ فَأَمَّا إذَا كانت بين مُسْلِمَيْنِ ثُمَّ ارْتَدَّا أو ارْتَدَّ أَحَدُهُمَا فَالْخَارِجُ على الشَّرْطِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ لَمَّا كان مُسْلِمًا وَقْتَ الْعَقْدِ صَحَّ التَّصَرُّفُ فَاعْتِرَاضُ الرِّدَّةِ بَعْدَ ذلك لَا تُبْطِلُهُ وَأَمَّا الْمُرْتَدَّةُ فَتَصِحُّ مُزَارَعَتُهَا دَفْعًا وَاحِدًا بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِهَا نَافِذَةٌ بِمَنْزِلَةِ تَصَرُّفَاتِ الْمُسْلِمَةِ فَتَصِحُّ الْمُزَارَعَةُ منها دَفْعًا وَاحِدًا بِمَنْزِلَةِ مُزَارَعَةِ الْمُسْلِمَةِ

فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الزَّرْعِ فَنَوْعٌ وَاحِدٌ وهو أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا بِأَنْ بَيَّنَ ما يَزْرَعُ لِأَنَّ حَالَ الْمَزْرُوعِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الزَّرْعِ بِالزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ فَرُبَّ زَرْعٍ يَزِيدُ في الْأَرْضِ وَرُبَّ زَرْعٍ يَنْقُصُهَا وقد يَقِلُّ النُّقْصَانُ وقد يَكْثُرُ فَلَا بُدَّ من الْبَيَانِ لِيَكُونَ لُزُومُ الضَّرَرِ مُضَافًا إلَى الْتِزَامِهِ إلَّا إذَا قال له ازْرَعْ فيها ما شِئْتَ فَيَجُوزُ له أَنْ يَزْرَعَ فيها ما شَاءَ لِأَنَّهُ لَمَّا فَوَّضَ الْأَمْرَ إلَيْهِ فَقَدْ رضي بِالضَّرَرِ إلَّا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْغَرْسَ لِأَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الْعَقْدِ الزَّرْعُ دُونَ الْغَرْسِ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَزْرُوعِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِعَمَلِ الزِّرَاعَةِ وهو أَنْ يُؤَثِّرَ فيه الْعَمَلُ بِالزِّيَادَةِ بِمَجْرَى الْعَادَةِ لِأَنَّ ما لَا يُؤَثِّرُ فيه الْعَمَلُ بِالزِّيَادَةِ عَادَةً لَا يَتَحَقَّقُ فيه عَمَلُ الزِّرَاعَةِ حتى لو دَفَعَ أَرْضًا فيها زَرْعٌ قد اسْتَحْصَدَ مُزَارَعَةً لم يَجُزْ كَذَا قالوا لِأَنَّ الزَّرْعَ إذَا اسْتَحْصَدَ لَا يُؤَثِّرُ فيه عَمَلُ الزِّرَاعَةِ بِالزِّيَادَةِ فَلَا يَكُونُ قَابِلًا لِعَمَلِ الزِّرَاعَةِ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْخَارِجِ من الزَّرْعِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ مَذْكُورًا في الْعَقْدِ حتى لو سَكَتَ عنه فَسَدَ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْمُزَارَعَةَ اسْتِئْجَارٌ وَالسُّكُوتُ عن ذِكْرِ الْأُجْرَةِ يُفْسِدُ الْإِجَارَةَ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ لَهُمَا حتى لو شَرَطَا أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ لِأَحَدِهِمَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ لِأَنَّ مَعْنَى الشَّرِكَةِ لَازِمٌ لِهَذَا الْعَقْدِ وَكُلُّ شَرْطٍ يَكُونُ قَاطِعًا لِلشَّرِكَةِ يَكُونُ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ
وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ حِصَّةُ كل وَاحِدٍ من الْمُزَارِعَيْنِ بَعْضَ الْخَارِجِ حتى لو شَرَطَا أَنْ يَكُونَ من غَيْرِهِ لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْمُزَارَعَةَ اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ الْخَارِجِ بِهِ تَنْفَصِلُ عن الْإِجَارَةِ الْمُطْلَقَةِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ ذلك الْبَعْضُ من الْخَارِجِ مَعْلُومَ الْقَدْرِ من النِّصْفِ وَالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ وَنَحْوِهِ لِأَنَّ تَرْكَ التَّقْدِيرِ يُؤَدِّي إلَى الْجَهَالَةِ الْمُفْضِيَةِ إلَى الْمُنَازَعَةِ وَلِهَذَا شُرِطَ بَيَانُ مِقْدَارِ الْأُجْرَةِ في الْإِجَارَاتِ
كَذَا هذا
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ جُزْءًا شَائِعًا من الْجُمْلَةِ حتى لو شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا قُفْزَانًا مَعْلُومَةً لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْمُزَارَعَةَ فيها مَعْنَى الْإِجَارَةِ وَالشَّرِكَةُ تَنْعَقِدُ إجَارَةً ثُمَّ تَتِمُّ شَرِكَةً
أَمَّا مَعْنَى الْإِجَارَةِ فَلِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِعِوَضٍ وَالْمُزَارَعَةُ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْبَذْرَ إنْ كان من رَبِّ الْأَرْضِ فَالْعَامِلُ يَمْلِكُ مَنْفَعَةَ نَفْسِهِ من رَبِّ الْأَرْضِ بِعِوَضٍ وهو نَمَاءُ بَذْرِهِ وَإِنْ كان الْبَذْرُ من قِبَلِ الْعَامِلِ فَرَبُّ الْأَرْضِ يَمْلِكُ مَنْفَعَةَ أَرْضِهِ من الْعَامِلِ بِعِوَضٍ هو نَمَاءُ بَذْرِهِ فَكَانَتْ الْمُزَارَعَةُ اسْتِئْجَارًا إمَّا لِلْعَامِلِ وَإِمَّا لِلْأَرْضِ لَكِنْ بِبَعْضِ الْخَارِجِ
وَأَمَّا مَعْنَى الشَّرِكَةِ

فَلِأَنَّ الْخَارِجَ يَكُونُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا على الشَّرْطِ الْمَذْكُورِ وإذا ثَبَتَ أَنَّ مَعْنَى الْإِجَارَةِ وَالشَّرِكَةِ لَازِمٌ لِهَذَا الْعَقْدِ فَاشْتِرَاطُ قَدْرٍ مَعْلُومٍ من الْخَارِجِ يَنْفِي لُزُومَ مَعْنَى الشَّرِكَةِ لِاحْتِمَالِ أَنَّ الْأَرْضَ لَا تُخْرِجُ زِيَادَةً على الْقَدْرِ الْمَعْلُومِ وَلِهَذَا إذَا شُرِطَ في الْمُضَارَبَةِ سَهْمٌ مَعْلُومٌ من الرِّبْحِ لَا يَصِحُّ
كَذَا هذا وَكَذَا إذَا ذَكَرَ جُزْءًا شَائِعًا وَشَرَطَ معه زِيَادَةَ أَقْفِزَةٍ مَعْلُومَةٍ إنه لَا يَصِحُّ

لِمَا قُلْنَا وَعَلَى هذا إذَا شَرَطَ أَحَدُهُمَا الْبَذْرَ لِنَفْسِهِ وَأَنْ يَكُونَ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا لَا تَصِحُّ الْمُزَارَعَةُ لِجَوَازِ أَنْ لَا تُخْرِجَ الْأَرْضُ إلَّا قَدْرَ الْبَذْرِ فَيَكُونَ كُلُّ الْخَارِجِ له فَلَا يُوجَدُ مَعْنَى الشَّرِكَةِ وَلِأَنَّ هذا في الْحَقِيقَةِ شَرَطَ قَدْرَ الْبَذْرِ أَنْ يَكُونَ له لَا عَيْنُ الْبَذْرِ لِأَنَّ عَيْنَهُ تَهْلِكُ في التُّرَابِ وَذَا لَا يَصِحُّ لِمَا ذَكَرْنَا وَهَذَا بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّ قَدْرَ رَأْسِ الْمَالِ يُرْفَعُ وَيُقْسَمُ الْبَاقِي على الشَّرْطِ لِأَنَّ الْمُضَارَبَةَ تَقْتَضِي الشَّرِكَةَ في الرِّبْحِ لَا في غَيْرِهِ وَدَفْعُ رَأْسِ الْمَالِ لِانْعِدَامِ مَعْنَى الشَّرِكَةِ في الرِّبْحِ

فَأَمَّا الْمُزَارَعَةُ فَتَقْتَضِي الشَّرِكَةَ في كل الْخَارِجِ وَاشْتِرَاطُ قَدْرٍ مَعْلُومٍ من الْخَارِجِ يَمْنَعُ تَحَقُّقَ الشَّرِكَةِ في كُلِّهِ فَهُوَ الْفَرْقُ بين الْفَصْلَيْنِ وَكَذَا إذَا شَرَطَا ما على الْمَاذِيَانَاتِ وَالسَّوَاقِي لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ لِأَنَّ ما على الْمَاذِيَانَاتِ وَالسَّوَاقِي مَعْلُومٌ فَشَرْطُهُ يَمْنَعُ لُزُومَ الشَّرِكَةِ في الْعَقْدِ وقد رُوِيَ أَنَّهُمْ كَانُوا يَشْتَرِطُونَ في عَقْدِ الْمُزَارَعَةِ لِأَحَدِهِمَا ما على الْمَاذِيَانَاتِ وَالسَّوَاقِي فلما بُعِثَ النبي الْمُكَرَّمُ عليه أَفْضَلُ التَّحِيَّةِ أَبْطَلَهُ

فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الْمَزْرُوعِ فيه وهو الْأَرْضُ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ تَكُونَ صَالِحَةً لِلزِّرَاعَةِ حتى لو كانت سَبِخَةً أو نَزَّةً لَا يَجُوزُ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْمُزَارَعَةَ عَقْدُ اسْتِئْجَارٍ لَكِنْ بِبَعْضِ الْخَارِجِ وَالْأَرْضُ السَّبِخَةُ وَالنَّزَّةُ لَا تَجُوزُ إجَارَتُهَا فَلَا تَجُوزُ مُزَارَعَتُهَا

فَأَمَّا إذَا كانت صَالِحَةً لِلزِّرَاعَةِ في الْمُدَّةِ لَكِنْ لَا تُمْكِنُ زِرَاعَتُهَا وَقْتَ الْعَقْدِ لِعَارِضٍ من انْقِطَاعِ الْمَاءِ وَزَمَانِ الشِّتَاءِ وَنَحْوِهِ من الْعَوَارِضِ التي هِيَ على شَرَفِ الزَّوَالِ في الْمُدَّةِ تَجُوزُ مُزَارَعَتُهَا كما تَجُوزُ إجَارَتُهَا

وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً فَإِنْ كانت مَجْهُولَةً لَا تَصِحُّ الْمُزَارَعَةُ لِأَنَّهَا تُؤَدِّي إلَى الْمُنَازَعَةِ وَلَوْ دَفَعَ الْأَرْضَ مُزَارَعَةً على أَنَّ ما يَزْرَعُ فيها حِنْطَةً فَكَذَا وما يَزْرَعُ فيها شَعِيرًا فَكَذَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ لِأَنَّ الْمَزْرُوعَ فيه مَجْهُولٌ لِأَنَّ كَلِمَةَ من لِلتَّبْعِيضِ فَيَقَعُ على بَعْضِ الْأَرْضِ وأنه غَيْرُ مَعْلُومٍ

وَكَذَا لو قال على أَنْ يَزْرَعَ بَعْضَهَا حِنْطَةً وَبَعْضَهَا شَعِيرًا لِأَنَّ التَّنْصِيصَ على التَّبْعِيضِ تَنْصِيصٌ على التَّجْهِيلِ

وَلَوْ قال على أَنَّ ما زَرَعْتَ فيها حِنْطَةً فَكَذَا وما زَرَعْتَ فيها شَعِيرًا فَكَذَا جَازَ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْأَرْضَ كُلَّهَا ظَرْفًا لِزَرْعِ الْحِنْطَةِ أو لِزَرْعِ الشَّعِيرِ فَانْعَدَمَ التَّجْهِيلُ وَلَوْ قال على أَنْ أَزْرَعَ فيها بِغَيْرِ كِرَابٍ فَكَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ أَنَّهُ جَائِزٌ وَهَذَا مُشْكِلٌ لِأَنَّ الْمَزْرُوعَ فيه من الْأَرْضِ مَجْهُولٌ فَأَشْبَهَ ما إذَا قال ما زَرَعَ فيها حِنْطَةً فَكَذَا وما زَرَعَ فيها شَعِيرًا فَكَذَا وَمِنْهُمْ من اشْتَغَلَ بِتَصْحِيحِ جَوَابِ الْكِتَابِ وَالْفَرْقُ بين الْفَصْلَيْنِ على وَجْهٍ لم يَتَّضِحْ

وَلَوْ قال على أَنَّهُ إنْ زَرَعَ حِنْطَةً فَكَذَا وَإِنْ زَرَعَ شَعِيرًا فَكَذَا وَإِنْ زَرَعَ سِمْسِمًا فَكَذَا ولم يذكر منها فَهُوَ جَائِزٌ لِانْعِدَامِ جَهَالَةِ الْمَزْرُوعِ فيه وَجَهَالَةُ الزَّرْعِ لِلْحَالِ ليس بِضَائِرٍ لِأَنَّهُ فَوَّضَ الِاخْتِيَارَ إلَيْهِ فَأَيُّ ذلك اخْتَارَهُ يَتَعَيَّنُ ذلك الْعَقْدُ بِاخْتِيَارِهِ فِعْلًا كما قُلْنَا في الْكَفَّارَاتِ الثَّلَاثِ

وَلَوْ زَرَعَ بَعْضَهَا حِنْطَةً وَبَعْضَهَا شَعِيرًا جَازَ لِأَنَّهُ لو زَرَعَ الْكُلَّ حِنْطَةً أو الْكُلَّ شَعِيرًا لَجَازَ فإذا زَرَعَ الْبَعْضَ حِنْطَةً وَالْبَعْضَ شَعِيرًا أَوْلَى

وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الْأَرْضُ مُسَلَّمَةً إلَى الْعَامِلِ مُخَلَّاةً وهو أَنْ يُوجَدَ من صَاحِبِ الْأَرْضِ التَّخْلِيَةُ بين الْأَرْضِ وَبَيْنَ الْعَامِلِ حتى لو شَرَطَ الْعَمَلَ على رَبِّ الْأَرْضِ لَا تَصِحُّ الْمُزَارَعَةُ لِانْعِدَامِ التَّخْلِيَةِ فَكَذَا إذَا اشْتَرَطَ فيه عَمَلَهُمَا فَيَمْنَعُ التَّخْلِيَةَ جميعا لِمَا قُلْنَا وَلِهَذَا لو شَرَطَ رَبُّ الْمَالِ في عَقْدِ الْمُضَارَبَةِ الْعَمَلَ مع الْمُضَارِبِ لَا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يَمْنَعُ وُجُودَ ما هو شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْعَقْدِ وهو التَّخْلِيَةُ

كَذَا هذا
وَعَلَى هذا إذَا دَفَعَ أَرْضًا وَبَذْرًا وَبَقَرًا على أَنْ يَزْرَعَ الْعَامِلُ وَعَبْدُ رَبِّ الْأَرْضِ وَلِلْعَامِلِ الثُّلُثُ وَلِرَبِّ الْأَرْضِ الثُّلُثُ وَلِعَبْدِهِ الثُّلُثُ فَهُوَ جَائِزٌ على ما اشْتَرَطَ لِأَنَّ صَاحِبَ الْأَرْضِ صَارَ مُسْتَأْجِرًا لِلْعَامِلِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ الذي هو نَمَاءُ مِلْكِهِ فَصَحَّ وَشَرْطُ الْعَمَلِ على عَبْدِهِ لَا يَكُونُ شَرْطًا على نَفْسِهِ لِأَنَّ الْعَبْدَ الْمَأْذُونَ له يَدُ نَفْسِهِ على كَسْبِهِ لَا يَدُ النِّيَابَةِ عن مَوْلَاهُ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْنَبِيِّ فَلَا يَمْنَعُ تَحْقِيقَ التَّخْلِيَةِ فَلَا يَمْنَعُ الصِّحَّةَ وَيَكُونُ نَصِيبُ الْعَبْدِ لِمَوْلَاهُ وَإِنْ كان الْبَذْرُ من الْعَامِلِ لَا تَصِحُّ الْمُزَارَعَةُ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا لِلْأَرْضِ وَالْبَقَرِ وَالْعَبْدِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ الذي هو نَمَاءُ مِلْكِهِ وَذَا

لَا يَصِحُّ على ما نَذْكُرُ وَيَكُونُ الْخَارِجُ له وَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الْأَرْضِ وَالْبَقَرِ وَالْعَبْدِ لِأَنَّ هذا حُكْمُ الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ على ما يُذْكَرُ في مَوْضِعِهِ
وَكَذَا لو كان شَرَطَ عَمَلَ رَبِّ الْأَرْضِ مع ذلك كان له أَيْضًا أَجْرُ مِثْلِ عَمَلِهِ لِأَنَّ هذا شَرْطٌ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ وَاَللَّهُ أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى ما عُقِدَ عليه الْمُزَارَعَةُ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْمَعْقُودُ عليه في بَابِ الْمُزَارَعَةِ مَقْصُودًا من حَيْثُ إنَّهَا إجَارَةُ أَحَدِ أَمْرَيْنِ إمَّا مَنْفَعَةُ الْعَامِلِ بِأَنْ كان الْبَذْرُ من صَاحِبِ الْأَرْضِ وَإِمَّا مَنْفَعَةُ الْأَرْضِ بِأَنْ كان الْبَذْرُ من الْعَامِلِ لِأَنَّ الْبَذْرَ إذَا كان من قِبَلِ رَبِّ الْأَرْضِ يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا لِلْعَامِلِ وإذا كان من قِبَلِ الْعَامِلِ يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا لِلْأَرْضِ وإذا اجْتَمَعَا في الِاسْتِئْجَارِ فَسَدَتْ الْمُزَارَعَةُ فَأَمَّا مَنْفَعَةُ الْبَقَرِ فَإِنْ حَصَلَتْ تَابِعَةً صَحَّتْ الْمُزَارَعَةُ وَإِنْ جُعِلَتْ مَقْصُودَةً فَسَدَتْ
فَصْلٌ وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ بِبَيَانِ أَنْوَاعِ الْمُزَارَعَةِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ الْمُزَارَعَةُ أَنْوَاعٌ منها أَنْ تَكُونَ الْأَرْضُ وَالْبَذْرُ وَالْبَقَرُ وَالْآلَةُ من جَانِبٍ وَالْعَمَلُ من جَانِبٍ وَهَذَا جَائِزٌ لِأَنَّ صَاحِبَ الْأَرْضِ يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا لِلْعَامِلِ لَا غَيْرُ لِيَعْمَلَ له في أَرْضِهِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ الذي هو نَمَاءُ مِلْكِهِ وهو الْبَذْرُ
وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الْأَرْضُ من جَانِبٍ وَالْبَاقِي كُلُّهُ من جَانِبٍ وَهَذَا أَيْضًا جَائِزٌ لِأَنَّ الْعَامِلَ يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا لِلْأَرْضِ لَا غَيْرُ بِبَعْضِ الْخَارِجِ الذي هو نَمَاءُ مِلْكِهِ وهو الْبَذْرُ
وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الْأَرْضُ وَالْبَذْرُ من جَانِبٍ وَالْبَقَرُ وَالْآلَةُ وَالْعَمَلُ من جَانِبٍ فَهَذَا أَيْضًا جَائِزٌ
لِأَنَّ هذا اسْتِئْجَارُ لِلْعَامِلِ لَا غَيْرُ مَقْصُودًا
فَأَمَّا الْبَذْرُ فَغَيْرُ مُسْتَأْجَرٍ مَقْصُودًا وَلَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ من الْأُجْرَةِ بَلْ هِيَ تَوَابِعُ لِلْمَعْقُودِ عليه وهو مَنْفَعَةُ الْعَامِلِ لِأَنَّهُ آلَةٌ لِلْعَمَلِ فَلَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ من الْعَمَلِ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ خَيَّاطًا فَخَاطَ بِإِبْرَةِ نَفْسِهِ جَازَ وَلَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ من الْأُجْرَةِ وَلِأَنَّهُ لَمَّا كان تَابِعًا لِلْمَعْقُودِ عليه فَكَانَ جَارِيًا مَجْرَى الصِّفَةِ لِلْعَمَلِ كان الْعَقْدُ عَقْدًا على عَمَلٍ جَيِّدٍ وَالْأَوْصَافُ لَا قِسْطَ لها من الْعِوَضِ فَأَمْكَنَ أَنْ تَنْعَقِدَ إجَارَةً ثُمَّ تَتِمَّ شَرِكَةً بين مَنْفَعَةِ الْأَرْضِ وَبَيْنَ مَنْفَعَةِ الْعَامِلِ
وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الْأَرْضُ وَالْبَقَرُ من جَانِبٍ وَالْبَذْرُ وَالْعَمَلُ من جَانِبٍ وَهَذَا لَا يَجُوزُ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ

وَرُوِيَ عن أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ لو كان الْأَرْضُ وَالْبَذْرُ من جَانِبٍ جاز وَجُعِلَتْ مَنْفَعَةُ الْبَقَرِ تَابِعَةً لِمَنْفَعَةِ الْعَامِلِ فَكَذَا إذَا كان الْأَرْضُ وَالْبَقَرُ من جَانِبٍ يَجِبُ أَنْ يَجُوزَ وَيُجْعَلَ مَنْفَعَةُ الْبَقَرِ تَابِعَةً لِمَنْفَعَةِ الْأَرْضِ
وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الْعَامِلَ هُنَا يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا لِلْأَرْضِ وَالْبَقَرِ جميعا مَقْصُودًا بِبَعْضِ الْخَارِجِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ تَحْقِيقُ مَعْنَى التَّبَعِيَّةِ هُنَا لِاخْتِلَافِ جِنْسِ الْمَنْفَعَةِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْبَقَرِ لَيْسَتْ من جِنْسِ مَنْفَعَةِ الْأَرْضِ فَبَقِيَتْ أَصْلًا بِنَفْسِهَا فَكَانَ هذا اسْتِئْجَارَ الْبَقَرِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ أَصْلًا وَمَقْصُودًا وَاسْتِئْجَارُ الْبَقَرِ مَقْصُودًا بِبَعْضِ الْخَارِجِ لَا يَجُوزُ لِوَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُزَارَعَةَ تَنْعَقِدُ إجَارَةً ثُمَّ تَتِمُّ شَرِكَةً وَلَا يُتَصَوَّرُ انْعِقَادُ الشَّرِكَةِ بين مَنْفَعَةِ الْبَقَرِ وَبَيْنَ مَنْفَعَةِ الْعَامِلِ بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ يُتَصَوَّرُ انْعِقَادُ الشَّرِكَةِ بين مَنْفَعَةِ الْأَرْضِ وَمَنْفَعَةِ الْعَامِلِ
وَالثَّانِي أَنَّ جَوَازَ الْمُزَارَعَةِ ثَبَتَ بِالنَّصِّ مُخَالِفًا لِلْقِيَاسِ لِأَنَّ الْأُجْرَةَ مَعْدُومَةٌ وَهِيَ مع انْعِدَامِهَا مَجْهُولَةٌ فَيَقْتَصِرُ جَوَازُهَا على الْمَحَلِّ الذي وَرَدَ النَّصُّ فيه وَذَلِكَ فِيمَا إذَا كانت الْآلَةُ تَابِعَةً فإذا جُعِلَتْ مَقْصُودَةً يُرَدُّ إلَى الْقِيَاسِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْبَذْرُ وَالْبَقَرُ من جَانِبٍ وَالْأَرْضُ وَالْعَمَلُ من جَانِبٍ
وَهَذَا لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِأَنَّ صَاحِبَ الْبَذْرِ يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا لِلْأَرْضِ وَالْعَامِلِ جميعا بِبَعْضِ الْخَارِجِ وَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْمُزَارَعَةِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْبَذْرُ من جَانِبٍ وَالْبَاقِي كُلُّهُ من جَانِبٍ وَهَذَا لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِمَا قُلْنَا وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ في هَذَيْنِ الْفَصْلَيْنِ أَيْضًا أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّ اسْتِئْجَارَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَائِزٌ عِنْدَ الِانْفِرَادِ فَكَذَا عِنْدَ الِاجْتِمَاعِ
وَالْجَوَابُ ما ذَكَرْنَا أَنَّ الْجَوَازَ على مُخَالَفَةِ الْقِيَاسِ ثَبَتَ عِنْدَ الِانْفِرَادِ فَتَبْقَى حَالَةُ الِاجْتِمَاعِ على أَصْلِ الْقِيَاسِ وَطَرِيقُ الْجَوَازِ في هَذَيْنِ الْفَصْلَيْنِ بِالِاتِّفَاقِ أَنْ يَأْخُذَ صَاحِبُ الْبَذْرِ الْأَرْضَ مُزَارَعَةً ثُمَّ يَسْتَعِيرَ من صَاحِبِهَا لِيَعْمَلَ له فَيَجُوزَ وَالْخَارِجُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا على الشَّرْطِ
وَمِنْهَا أَنْ يَشْتَرِكَ جَمَاعَةٌ من أَحَدِهِمْ الْأَرْضُ وَمِنْ الْآخَرِ الْبَقَرُ وَمِنْ الْآخَرِ الْبَذْرُ وَمِنْ الرَّابِعِ الْعَمَلُ وَهَذَا لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِمَا مَرَّ وفي عَيْنِ هذا وَرَدَ الْخَبَرُ بِالْفَسَادِ فإنه روى أَنَّ أَرْبَعَةَ نَفَرٍ اشْتَرَكُوا على عَهْدِ رسول اللَّهِ

صلى اللَّهُ عليه وسلم على هذا الْوَجْهِ فَأَبْطَلَ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم مُزَارَعَتَهُمْ وَعَلَى قِيَاسِ ما رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ يَجُوزُ
وَمِنْهَا أَنْ يُشْتَرَطَ في عَقْدِ الْمُزَارَعَةِ أَنْ يَكُونَ بَعْضُ الْبَذْرِ من قِبَلِ أَحَدِهِمَا وَالْبَعْضُ من قِبَلِ الْآخَرِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا صَاحِبَهُ في قَدْرِ بَذْرِهِ فَيَجْتَمِعُ اسْتِئْجَارُ الْأَرْضِ وَالْعَمَلُ من جَانِبٍ وَاحِدٍ وأنه مُفْسِدٌ
وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الْأَرْضُ من جَانِبٍ وَالْبَذْرُ وَالْبَقَرُ من جَانِبٍ دَفَعَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَرْضَهُ إلَيْهِ على أَنْ يَزْرَعَهَا بِبَذْرِهِ وَبَقَرِهِ مع هذا الرَّجُلِ الْآخَرِ على أَنَّ ما خَرَجَ من شَيْءٍ فَثُلُثُهُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ وَثُلُثَاهُ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ وَالْبَقَرِ وَثُلُثُهُ لِذَلِكَ الْعَامِلِ وَهَذَا صَحِيحٌ في حَقِّ صَاحِبِ الْأَرْضِ وَالْعَامِلُ الْأَوَّلُ فَاسِدٌ في حَقِّ الْعَامِلِ

الثَّانِي وَيَكُونُ ثُلُثُ الْخَارِجِ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ وَثُلُثَاهُ لِلْعَامِلِ الْأَوَّلِ وَلِلْعَامِلِ الثَّانِي أَجْرُ مِثْلِ عَمَلِهِ وكان يَنْبَغِي أَنْ تَفْسُدَ الْمُزَارَعَةُ في حَقِّ الْكُلِّ لِأَنَّ صَاحِبَ الْبَذْرِ وهو الْعَامِلُ الْأَوَّلُ جَمَعَ بين اسْتِئْجَارِ الْأَرْضِ وَالْعَامِلِ وقد ذَكَرْنَا أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ لِكَوْنِهِ خِلَافَ مَوْرِدِ الشَّرْعِ بِالْمُزَارَعَةِ وَمَعَ ذلك حُكِمَ بِصِحَّتِهَا في حَقِّ صَاحِبِ الْأَرْضِ وَالْعَامِلِ الْأَوَّلِ وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَقْدَ فِيمَا بين صَاحِبِ الْأَرْضِ وَالْعَامِلِ الْأَوَّلِ وَقَعَ اسْتِئْجَارًا لِلْأَرْضِ لَا غَيْرُ وأنه صَحِيحٌ وَفِيمَا بين الْعَامِلَيْنِ وَقَعَ اسْتِئْجَارُ الْأَرْضِ وَالْعَامِلِ جميعا وأنه غَيْرُ صَحِيحٍ وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ الْوَاحِدُ له جِهَتَانِ جِهَةُ الصِّحَّةِ وَجِهَةُ الْفَسَادِ خُصُوصًا في حَقِّ شَخْصَيْنِ فَيَكُونُ صَحِيحًا في حَقِّ أَحَدِهِمَا فَاسِدًا في حَقِّ الْآخَرِ

وَلَوْ كان الْبَذْرُ في هذه الْمَسْأَلَةِ من صَاحِبِ الْأَرْضِ صَحَّتْ الْمُزَارَعَةُ في حَقِّ الْكُلِّ وَالْخَارِجُ بَيْنَهُمْ على الشَّرْطِ لِأَنَّ صَاحِبَ الْأَرْضِ في هذه الصُّورَةِ يُعْتَبَرُ مُسْتَأْجِرًا لِلْعَامِلَيْنِ جميعا وَالْجَمْعُ بين اسْتِئْجَارِ الْعَامِلَيْنِ لَا يَقْدَحُ في صِحَّةِ الْعَقْدِ وإذا صَحَّ الْعَقْدُ كان الْخَارِجُ على الشَّرْطِ

فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى آلَةِ الْمُزَارَعَةِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْبَقَرُ في الْعَقْدِ تَابِعًا فَإِنْ جُعِلَ مَقْصُودًا في الْعَقْدِ تَفْسُدُ الْمُزَارَعَةُ وقد تَقَدَّمَ بَيَانُهُ في الْفَصْلِ الْمُتَقَدِّمِ بِمَا فيه كِفَايَةٌ

فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى مُدَّةِ الْمُزَارَعَةِ فَهُوَ أَنْ تَكُونَ الْمُدَّةُ مَعْلُومَةً فَلَا تَصِحُّ الْمُزَارَعَةُ إلَّا بَعْدَ بَيَانِ الْمُدَّةِ لِأَنَّهَا اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ الْخَارِجِ وَلَا تَصِحُّ الْإِجَارَةُ مع جَهَالَةِ الْمُدَّةِ وَهَذَا هو الْقِيَاسُ في الْمُعَامَلَةِ أَنْ لَا تَصِحَّ إلَّا بَعْدَ بَيَانِ الْمُدَّةِ لِأَنَّهَا اسْتِئْجَارُ الْعَامِلِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ فَكَانَتْ إجَارَةً بِمَنْزِلَةِ الْمُزَارَعَةِ إلَّا أنها جَازَتْ في الِاسْتِحْسَانِ لِتَعَامُلِ النَّاسِ ذلك من غَيْرِ بَيَانِ الْمُدَّةِ وَتَقَعُ على أَوَّلِ جُزْءٍ يَخْرُجُ من الثَّمَرَةِ في أَوَّلِ السَّنَةِ لِأَنَّ وَقْتَ ابْتِدَاءِ الْمُعَامَلَةِ مَعْلُومٌ فَأَمَّا وَقْتُ ابْتِدَاءِ الْمُزَارَعَةِ فَمُتَفَاوِتٌ حتى إنَّهُ لو كان في مَوْضِعٍ لَا يَتَفَاوَتُ يَجُوزُ من غَيْرِ بَيَانِ الْمُدَّةِ وهو على أَوَّلِ زَرْعٍ يَخْرُجُ كَذَا ذَكَرَ محمد بن سَلَمَةَ أَنَّ بَيَانَ الْمُدَّةِ في دِيَارِنَا ليس بِشَرْطٍ كما في الْمُعَامَلَةِ

فَصْلٌ وَأَمَّا الشَّرَائِطُ الْمُفْسِدَةُ لِلْمُزَارَعَةِ فَأَنْوَاعٌ وقد دخل بَعْضُهَا في بَيَانِ الشَّرَائِطِ الْمُصَحِّحَةِ

منها شَرْطُ كَوْنِ الْخَارِجِ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ شَرْطٌ يَقْطَعُ الشَّرِكَةَ التي هِيَ من خَصَائِصِ الْعَقْدِ

وَمِنْهَا شَرْطُ الْعَمَلِ على صَاحِبِ الْأَرْضِ لِأَنَّ ذلك يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ وهو التَّخْلِيَةُ

وَمِنْهَا شَرْطُ الْبَقَرِ عليه لِأَنَّ فيه جَعْلَ مَنْفَعَةِ الْبَقَرِ مَعْقُودًا عليها مَقْصُودَةً في بَابِ الْمُزَارَعَةِ وَلَا سَبِيلَ إلَيْهِ

وَمِنْهَا شَرْطُ الْعَمَلِ وَالْأَرْضِ جميعا من جَانِبٍ وَاحِدٍ لِأَنَّ ذلك خِلَافُ مَوْرِدِ الشَّرْعِ الذي هو خِلَافُ الْقِيَاسِ على ما مَرَّ في الْفُصُولِ الْمُتَقَدِّمَةِ

وَمِنْهَا شَرْطُ الْحَمْلِ وَالْحِفْظِ على الْمُزَارِعِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ لِأَنَّهُ ليس من عَمَلِ الْمُزَارَعَةِ

وَمِنْهَا شَرْطُ الْحَصَادِ وَالرَّفْعِ إلَى الْبَيْدَرِ وَالدِّيَاسُ وَالتَّذْرِيَةُ لِأَنَّ الزَّرْعَ لَا يَحْتَاجُ إلَيْهِ إذْ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ صَلَاحُهُ وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ عَمَلٍ يَحْتَاجُ إلَيْهِ الزَّرْعُ قبل تَنَاهِيهِ وَإِدْرَاكِهِ وَجَفَافِهِ مِمَّا يَرْجِعُ إلَى إصْلَاحِهِ من السَّقْيِ وَالْحِفْظِ وَقَلْعِ الْحَشَاوَةِ وَحَفْرِ الْأَنْهَارِ وَتَسْوِيَةِ الْمُسَنَّاةِ وَنَحْوِهَا فَعَلَى الْمُزَارِعِ لِأَنَّ ما هو الْمَقْصُودُ من الزَّرْعِ وهو النَّمَاءُ لَا يَحْصُلُ بِدُونِهِ عَادَةً فَكَانَ من تَوَابِعِ الْمَعْقُودِ عليه فَكَانَ من عَمَلِ الْمُزَارَعَةِ فَيَكُونُ على الْمُزَارِعِ وَكُلُّ عَمَلٍ يَكُونُ بَعْدَ تَنَاهِي الزَّرْعِ وَإِدْرَاكِهِ وَجَفَافِهِ قبل قِسْمَةِ الْحَبِّ مِمَّا يَحْتَاجُ إلَيْهِ لِخُلُوصِ الْحَبِّ وَتَنْقِيَتِهِ يَكُونُ بَيْنَهُمَا على شَرْطِ الْخَارِجِ لِأَنَّهُ ليس من عَمَلِ الْمُزَارَعَةِ وَلِهَذَا قالوا لو دَفَعَ

أَرْضًا مُزَارَعَةً وَفِيهَا زَرْعٌ قد اسْتَحْصَدَ لَا يَجُوزُ لِانْقِضَاءِ وَقْتِ عَمَلِ الْمُزَارَعَةِ إذْ الْعَمَلُ

فيه بَعْدَ الْإِدْرَاكِ مِمَّا لَا يُفِيدُهُ وَكُلُّ عَمَلٍ يَكُونُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ من الْحَمْلِ إلَى الْبَيْتِ وَنَحْوِهِ مِمَّا يَحْتَاجُ إلَيْهِ لِإِحْرَازِ الْمَقْسُومِ فَعَلَى كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في نَصِيبِهِ لِأَنَّ ذلك مُؤْنَةُ مِلْكِهِ فَيَلْزَمُهُ دُونَ غَيْرِهِ
وَرُوِيَ عن أبي يُوسُفَ أَنَّهُ أَجَازَ شَرْطَ الْحَصَادِ وَرَفْعِ الْبَيْدَرِ وَالدِّيَاسِ وَالتَّذْرِيَةِ على الْمُزَارِعِ لِتَعَامُلِ الناس وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا بِمَا وَرَاءَ النَّهْرِ يُفْتُونَ بِهِ أَيْضًا وهو اخْتِيَارُ نُصَيْرِ بن يحيى وَمُحَمَّدِ بن سَلَمَةَ من مَشَايِخِ خُرَاسَانَ وَالْجُذَاذُ في بَابِ الْمُعَامَلَةِ لَا يَلْزَمُ الْعَامِلَ بِلَا خِلَافٍ
أَمَّا في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ فَلَا يُشْكِلُ وَأَمَّا على رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ فَلِانْعِدَامِ التَّعَامُلِ فيه
وَلَوْ بَاعَ الزَّرْعَ قَصِيلًا فَاجْتَمَعَا على أَنْ يَقْصِلَاهُ كان الْقَصْلُ على كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا في قَدْرِ شَرْطِ الْحَبِّ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ شَرْطِ الْحَصَادِ
وَمِنْهَا شَرْطُ التِّبْنِ لِمَنْ لَا يَكُونُ الْبَذْرُ من قِبَلِهِ وَجُمْلَتُهُ أَنَّ هذا لَا يَخْلُو من ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ إمَّا إن شَرَطَا أَنْ يَكُونَ التِّبْنُ بَيْنَهُمَا وَإِمَّا إن سَكَتَا عنه وَإِمَّا إن شَرَطَا أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ فَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا لَا شَكَّ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ شَرْطٌ مُقَرَّرٌ مقتضى (((ومقتضى))) الْعَقْدِ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ في الْخَارِجِ من الزَّرْعِ من مَعَانِي هذا الْعَقْدِ على ما مَرَّ وَإِنْ سَكَتَا عنه يَفْسُدُ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا يَفْسُدُ وَيَكُونُ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ مِنْهُمَا وذكر الطَّحَاوِيُّ أَنَّ مُحَمَّدًا رَجَعَ إلَى قَوْلِ أبي يُوسُفَ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ أَنَّ ما يَسْتَحِقُّهُ صَاحِبُ الْبَذْرِ يَسْتَحِقُّهُ بِبَذْرِهِ لَا بِالشَّرْطِ فَكَانَ شَرْطُ التِّبْنِ وَالسُّكُوتُ عنه بِمَنْزِلَةٍ وَاحِدَةٍ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَعْنِي الْحَبَّ وَالتِّبْنَ مَقْصُودٌ من الْعَقْدِ فَكَانَ السُّكُوتُ عن التِّبْنِ بِمَنْزِلَةِ السُّكُوتِ عن الْحَبِّ وَذَا مُفْسِدٌ بِالْإِجْمَاعِ فَكَذَا هذا وَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ فَإِنْ شَرَطَاهُ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ جَازَ وَيَكُونُ له لِأَنَّ صَاحِبَ الْبَذْرِ يستحق (((يستحقه))) من غَيْرِ شَرْطٍ لِكَوْنِهِ نَمَاءَ مِلْكِهِ فَالشَّرْطُ لَا يَزِيدُهُ إلَّا تَأْكِيدًا
وَإِنْ شَرَطَاهُ لِمَنْ لَا بَذْرَ له فَسَدَتْ الْمُزَارَعَةُ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ صَاحِبِ الْبَذْرِ التِّبْنَ بِالْبَذْرِ لَا بِالشَّرْطِ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ وَنَمَاءُ مِلْكِ الْإِنْسَانِ مِلْكُهُ فَصَارَ شَرْطُ كَوْنِ التِّبْنِ لِمَنْ لَا بَذْرَ من قِبَلِهِ بِمَنْزِلَةِ شَرْطِ كَوْنِ الْحَبِّ له وَذَا مُفْسِدٌ كَذَا هذا
وَمِنْهَا أَنْ يَشْتَرِطَ صَاحِبُ الْأَرْض على الْمُزَارِعِ عَمَلًا يَبْقَى أَثَرُهُ وَمَنْفَعَتُهُ بَعْدَ مُدَّةِ المزارعة (((فالمزارعة))) كَبِنَاءِ الْحَائِطِ والسرقند وَاسْتِحْدَاثِ حَفْرِ النَّهْرِ وَرَفْعِ الْمُسَنَّاةِ وَنَحْوِ ذلك مِمَّا يَبْقَى أَثَرُهُ وَمَنْفَعَتُهُ إلَى ما بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ
وَأَمَّا الْكِرَابُ فَلَا يَخْلُو في الْأَصْلِ من وَجْهَيْنِ إما إنْ شَرَطَاهُ في الْعَقْدِ وإما إنْ سَكَتَا عنه فَإِنْ سَكَتَا عنه هل يَدْخُلُ تَحْتَ عَقْدِ الْمُزَارَعَةِ حتى يُجْبَرَ الْمُزَارِعُ عليه لو امْتَنَعَ أو لَا فَسَنَذْكُرُهُ في حُكْمِ الْمُزَارَعَةِ الصَّحِيحَةِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

وَإِنْ شَرَطَاهُ في الْعَقْدِ فَلَا يَخْلُو أَيْضًا من وَجْهَيْنِ إمَّا إنْ شَرَطَاهُ مُطْلَقًا عن صِفَةِ التَّثْنِيَةِ وَإِمَّا إنْ شَرَطَاهُ مُقَيَّدًا بها فَإِنْ شَرَطَاهُ مُطْلَقًا عن الصِّفَةِ قال بَعْضُهُمْ إنَّهُ يُفْسِدُ الْعَقْدَ لِأَنَّ أَثَرَهُ يَبْقَى إلَى ما بَعْدَ الْمُدَّةِ وقال عَامَّتُهُمْ لَا يُفْسِدُ وهو الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْكِرَابَ بِدُونِ التَّثْنِيَةِ مِمَّا يُبْطِلُ السَّقْيَ على وَجْهٍ لَا يَبْقَى له أَثَرٌ وَمَنْفَعَةٌ بَعْدَ الْمُدَّةِ فلم يَكُنْ شَرْطُهُ مُفْسِدًا لِلْعَقْدِ
وَإِنْ شَرَطَاهُ مع التَّثْنِيَةِ فَسَدَتْ الْمُزَارَعَةُ لِأَنَّ التَّثْنِيَةَ إمَّا أَنْ تَكُونَ عِبَارَةً عن الْكِرَابِ مَرَّتَيْنِ مَرَّةً لِلزِّرَاعَةِ وَمَرَّةً بَعْدَ الْحَصَادِ لِيَرُدَّ الْأَرْضَ على صَاحِبِهَا مَكْرُوبَةً وَهَذَا شَرْطٌ فَاسِدٌ لَا شَكَّ فيه لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ شَرْطُ عَمَلٍ ليس هو من عَمَلِ الْمُزَارَعَةِ لِأَنَّ الْكِرَابَ بَعْدَ الْحَصَادِ ليس من عَمَلِ الْمُزَارَعَةِ في هذه السَّنَةِ
وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ عِبَارَةً عن فِعْلِ الْكِرَابِ مَرَّتَيْنِ قبل الزِّرَاعَةِ وَإِنَّهُ عَمَلٌ يَبْقَى أَثَرُهُ وَمَنْفَعَتُهُ إلَى ما بَعْدَ الْمُدَّةِ فَكَانَ مُفْسِدًا حتى أنه لو كان في مَوْضِعٍ لَا يَبْقَى لَا يُفْسِدُ
كَذَا قال بَعْضُ مَشَايِخِنَا وَلَوْ دَفَعَ الْأَرْضَ مُزَارَعَةً على أَنَّهُ إنْ زَرَعَهَا بِغَيْرِ كِرَابٍ فَلِلْمُزَارِعِ الرُّبُعُ وَإِنْ زَرَعَهَا بِكِرَابٍ فَلَهُ الثُّلُثُ وَإِنْ كَرَبَهَا وَثَنَّاهَا فَلَهُ النِّصْفُ فَهُوَ جَائِزٌ على ما شَرَطَا
كَذَا ذَكَرَ في الْأَصْلِ وَهَذَا مُشْكِلٌ في شَرْطِ الْكِرَابِ مع التَّثْنِيَةِ لِأَنَّهُ شَرْطٌ مُفْسِدٌ فَيَنْبَغِي أَنْ يُفْسِدَهَا هذا الشَّرْطُ وإذا عَمِلَ يَكُونُ له أَجْرُ مِثْلِ عَمَلِهِ فَأَمَّا شَرْطُ الْكِرَابِ وَعَدَمُهُ فَصَحِيحٌ على الشَّرْطِ الْمَذْكُورِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُفْسِدٍ وَبَعْضُهُمْ صَحَّحُوا جَوَابَ الْكِتَابِ وَفَرَّقُوا بين هذا الشَّرْطِ وَبَيْنَ شَرْطِ التَّثْنِيَةِ بِفَرْقٍ لم يَتَّضِحْ
وَفَرَّعَ في الْأَصْلِ فقال وَلَوْ زَرَعَ بَعْضَ الْأَرْضِ بِكِرَابٍ وَبَعْضَهَا بِغَيْرِ كَرَابٍ وَبَعْضَهَا بِثُنْيَانٍ فَهُوَ جَائِزٌ وَالشَّرْطُ بَيْنَهُمَا في كل الْأَرْضِ نَافِذٌ على ما شَرَطَا كَذَا في الْأَصْلِ وَهَذَا بِنَاءٌ على الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ إنْ شَرَطَ التَّثْنِيَةَ في كل الْأَرْضِ عِنْدَ اخْتِيَارِهِ ذلك يَصِحُّ في الْبَعْضِ بِالطَّرِيقِ الْأَوْلَى
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الْمُزَارَعَةِ الصَّحِيحَةِ عِنْدَ من يُجِيزُهَا فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ لِلْمُزَارَعَةِ الصَّحِيحَةِ أَحْكَامٌ

منها أَنَّ كُلَّ ما كان من عَمَلِ الْمُزَارَعَةِ مِمَّا يُحْتَاجُ الزرع إلَيْهِ لِإِصْلَاحِهِ فَعَلَى الْمُزَارِعِ لِأَنَّ الْعَقْدَ تَنَاوَلَهُ وقد بَيَّنَّاهُ وَمِنْهَا أَنَّ كُلَّ ما كان من بَابِ النَّفَقَةِ على الزَّرْعِ من السِّرْقِينِ وَقَلْعِ الْحَشَاوَةِ وَنَحْوِ ذلك فَعَلَيْهِمَا على قَدْرِ حَقِّهِمَا وَكَذَلِكَ الْحَصَادُ وَالْحَمْلُ إلَى الْبَيْدَرِ وَالدِّيَاسُ وَتَذْرِيَتُهُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ ذلك ليس من عَمَلِ الْمُزَارَعَةِ حتى يَخْتَصَّ بِهِ الْمُزَارِعُ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ بَيْنَهُمَا على الشَّرْطِ الْمَذْكُورِ لِأَنَّ الشَّرْطَ قد صَحَّ فَيَلْزَمُ الْوَفَاءُ بِهِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ وَمِنْهَا أنها إذَا لم تُخْرِجْ الْأَرْضُ شيئا فَلَا شَيْءَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا أَجْرُ الْعَمَلِ وَلَا أَجْرُ الْأَرْضِ سَوَاءٌ كان الْبَذْرُ من قِبَلِ الْعَامِلِ أو من قِبَلِ رَبِّ الْأَرْضِ بِخِلَافِ الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ أَنَّهُ يَجِبُ فيها أَجْرُ الْمِثْلِ وَإِنْ لم تُخْرِجْ الْأَرْضُ شيئا وَالْفَرْقُ أَنَّ الْوَاجِبَ في الْعَقْدِ الصَّحِيحِ هو الْمُسَمَّى وهو بَعْضُ الْخَارِجِ ولم يُوجَدْ

الْخَارِجُ فَلَا يَجِبُ شَيْءٌ وَالْوَاجِبُ في الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ أَجْرُ مِثْلِ الْعَمَلِ في الذِّمَّةِ لَا في الْخَارِجِ فَانْعِدَامُ الْخَارِجِ لَا يَمْنَعُ وُجُوبَهُ في الذِّمَّةِ فَهُوَ الْفَرْقُ
وَمِنْهَا أَنَّ هذا الْعَقْدَ غَيْرُ لَازِمٍ في جَانِبِ صَاحِبِ الْبَذْرِ لَازِمٌ في جَانِبِ صَاحِبِهِ لو امْتَنَعَ بَعْدَمَا عقد عَقَدَ الْمُزَارَعَةَ على الصِّحَّةِ وقال لَا أُرِيدُ زِرَاعَةَ الْأَرْضِ له ذلك
سَوَاءٌ كان له عذر أو لم يَكُنْ وَلَوْ امْتَنَعَ صَاحِبُهُ ليس له ذلك إلَّا من عُذْرٍ وَعَقْدُ الْمُعَامَلَةِ لَازِمٌ ليس لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَمْتَنِعَ إلَّا من عُذْرٍ وَالْفَرْقُ بين هذه
الْجُمْلَةِ أَنَّ صَاحِبَ الْبَذْرِ لَا يُمْكِنُهُ الْمُضِيُّ في الْعَقْدِ إلَّا بِإِتْلَافِ مِلْكِهِ وهو الْبَذْرُ لِأَنَّ الْبَذْرَ يَهْلِكُ في التُّرَابِ فَلَا يَكُونُ الشُّرُوعُ فيه مُلْزِمًا في حَقِّهِ إذْ الْإِنْسَانُ لَا يُجْبَرُ على إتْلَافِ مِلْكِهِ وَلَا كَذَلِكَ من ليس الْبَذْرُ من قِبَلِهِ وَالْمُعَامَلَاتُ لِأَنَّهُ ليس في لُزُومِ الْمَعْنَى إيَّاهُمْ إتْلَافُ مِلْكِهِمْ فَكَانَ الشُّرُوعُ في حَقِّهِمْ مُلْزِمًا وَلَا يَنْفَسِخُ إلَّا من عُذْرٍ كما في سَائِرِ الْإِجَارَاتِ وَسَوَاءٌ كان الْمُزَارِعُ كَرَبَ الْأَرْضَ أو لم يَكْرُبْهَا لِأَنَّ ما ذَكَرْنَا من الْمَعْنَى لَا يُوجِبُ الْفَصْلَ بَيْنَهُمَا وَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ في عَمَلِ الْكِرَابِ على ما نَذْكُرُهُ في حُكْمِ الْمُزَارَعَةِ الْمُنْفَسِخَةِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَمِنْهَا وِلَايَةُ جَبْرِ الْمُزَارِعِ على الْكِرَابِ وَعَدَمُهَا وَهَذَا على وَجْهَيْنِ إمَّا إنْ شَرَطَا الْكِرَابَ في الْعَقْدِ وَإِمَّا أَنْ سَكَتَا عن شَرْطِهِ فَإِنْ شَرْطَاهُ يُجْبَرُ عليه لِأَنَّهُ شَرْطٌ صَحِيحٌ فَيَجِبُ الْوَفَاءُ بِهِ وَإِنْ سَكَتَا عنه يُنْظَرُ إنْ كانت الْأَرْضُ مِمَّا يُخْرِجُ الزَّرْعَ بِدُونِ الْكِرَابِ زَرْعًا مُعْتَادًا يُقْصَدُ مِثْلُهُ في عُرْفِ الناس لَا يُجْبَرُ الْمُزَارِعُ عليه وَإِنْ كانت مِمَّا لَا يُخْرِجُ أَصْلًا أو يُخْرِجُ وَلَكِنْ شيئا قَلِيلًا لَا يُقْصَدُ مِثْلُهُ بِالْعَمَلِ يُجْبَرُ على الْكِرَابِ لِأَنَّ مُطْلَقَ عَقْدِ الْمُزَارَعَةِ يَقَعُ على الزِّرَاعَةِ الْمُعْتَادَةِ
وَعَلَى هذا إذَا امْتَنَعَ الْمُزَارِعُ عن السَّقْيِ وقال أدعها حتى تَسْقِيَهَا السَّمَاءُ فَهُوَ على قِيَاسِ هذا التَّفْصِيلِ أَنَّهُ إنْ كان الزَّرْعُ مِمَّا يَكْتَفِي بِمَاءِ السَّمَاءِ وَيُخْرِجُ زَرْعًا مُعْتَادًا بِدُونِهِ لَا يُجْبَرُ على السَّقْيِ وَإِنْ كان مع السَّقْيِ أَجْوَدَ فَإِنْ كان مِمَّا لَا يكتفى بِهِ يُجْبَرُ على السَّقْيِ لِمَا قُلْنَا
وَمِنْهَا جَوَازُ الزِّيَادَةِ على الشَّرْطِ الْمَذْكُورِ من الْخَارِجِ وَالْحَطِّ عنه وَعَدَمُ الْجَوَازِ وَالْأَصْلُ فيه أَنَّ كُلَّ ما احْتَمَلَ إنْشَاءَ الْعَقْدِ عليه احْتَمَلَ الزِّيَادَةَ وما لَا فَلَا وَالْحَطُّ جَائِزٌ في الْحَالَيْنِ جميعا كما في الزِّيَادَةِ في الثَّمَنِ في بَابِ الْبَيْعِ
إذَا عُرِفَ هذا فَنَقُولُ الزِّيَادَةُ وَالْحَطُّ في الْمُزَارَعَةِ على وَجْهَيْنِ إمَّا أَنْ يَكُونَ من الْمُزَارِعِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ من صَاحِبِ الْأَرْضِ وَلَا يَخْلُو إمَّا أَنْ يَكُونَ الْبَذْرُ من قِبَلِ الْمَزَارِعِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ من صَاحِبِ الْأَرْضِ بعدما اسْتَحْصَدَ الزَّرْعُ أو قبل أَنْ يَسْتَحْصِدَ فَإِنْ كان من بعدما اسْتَحْصَدَ وَالْبَذْرُ من قِبَلِ الْعَامِلِ وَكَانَتْ الْمُزَارَعَةُ على النِّصْفِ مَثَلًا فَزَادَ الْمَزَارِعُ صَاحِبَ الْأَرْضِ السُّدُسَ في حِصَّتِهِ وَجَعَلَ له الثُّلُثَيْنِ وَرَضِيَ بِهِ صَاحِبُ الْأَرْضِ لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ وَالْخَارِجُ بَيْنَهُمَا على الشَّرْطِ نِصْفَانِ وَإِنْ زَادَ صَاحِبُ الْأَرْضِ الْمَزَارِعَ السُّدُسَ في حِصَّتِهِ وَتَرَاضَيَا فَالزِّيَادَةُ جَائِزَةٌ لِأَنَّ الْأَوَّلَ زِيَادَةٌ على الْأُجْرَةِ بَعْدَ انْتِهَاءِ عَمَلِ الْمُزَارَعَةِ بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عليه وهو الْمَنْفَعَةُ وأنه لَا يَجُوزُ
أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لو أَنْشَآ الْعَقْدَ بَعْدَ الْحَصَادِ لَا يَجُوزُ فَكَذَلِكَ الزِّيَادَةُ وَالثَّانِيَ حَطٌّ من الْأُجْرَةِ وأنه لَا يَسْتَدْعِي قِيَامَ الْمَعْقُودِ عليه كما في بَابِ الْبَيْعِ
هذا إذَا كان الْبَذْرُ من قِبَلِ الْعَامِلِ فَإِنْ كان من قِبَلِ صاحب الأرض فزاد صَاحِبِ الْأَرْضِ لَا يَجُوزُ وَإِنْ زَادَ الْمُزَارِعُ جَازَ لِمَا قُلْنَا
هذا إذَا زَادَ أَحَدُهُمَا بعدما اسْتَحْصَدَ الزَّرْعَ فَإِنْ زَادَ قبل أَنْ يَسْتَحْصِدَ جَازَ أَيُّهُمَا كان لِأَنَّ الْوَقْتَ يَحْتَمِلُ إنْشَاءَ الْعَقْدِ فَيَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ أَيْضًا بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنَّهُ لَا يَجِبُ على الْمُزَارِعِ شَيْءٌ من أَعْمَالِ الْمُزَارَعَةِ لِأَنَّ

وُجُوبَهُ بِالْعَقْدِ ولم يَصِحَّ
ومنها أَنَّ الْخَارِجَ يَكُونُ كُلُّهُ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ سَوَاءٌ كان رَبَّ الْأَرْضِ أو الْمُزَارِعَ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ صَاحِبِ الْبَذْرِ الْخَارِجَ لِكَوْنِهِ نَمَاءَ مِلْكِهِ لَا بِالشَّرْطِ لِوُقُوعِ الِاسْتِغْنَاءِ بِالْمِلْكِ عن الشَّرْطِ وَاسْتِحْقَاقُ الْأَجْرِ الْخَارِجِ بِالشَّرْطِ وهو الْعَقْدُ فإذا لم يَصِحَّ الشَّرْطُ اسْتَحَقَّهُ صَاحِبُ الْمِلْكِ وَلَا يَلْزَمُهُ التَّصَدُّقُ بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ
وَمِنْهَا أَنَّ الْبَذْرَ إذَا كان من قِبَلِ صَاحِبِ الْأَرْضِ كان لِلْعَامِلِ عليه أَجْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّ الْبَذْرَ إذَا كان من قِبَلِ صَاحِبِ الْأَرْضِ كان هو مُسْتَأْجِرًا لِلْعَامِلِ فإذا فَسَدَتْ الْإِجَارَةُ وَجَبَ أَجْرُ مِثْلِ عَمَلِهِ
وإذا كان الْبَذْرُ من قِبَلِ الْعَامِلِ كان عليه لِرَبِّ الْأَرْضِ أَجْرُ مِثْلِ أَرْضِهِ لِأَنَّ الْبَذْرَ إذَا كان من قِبَلِ الْعَامِلِ يَكُونُ هو مُسْتَأْجِرًا لِلْأَرْضِ فإذا فَسَدَتْ الأجارة يَجِبُ عليه أَجْرُ مِثْلِ أَرْضِهِ
وَمِنْهَا أَنَّ الْبَذْرَ إذَا كان من قِبَلِ صَاحِبِ الْأَرْضِ وَاسْتَحَقَّ الْخَارِجَ وَغَرِمَ لِلْعَامِلِ أَجْرَ مِثْلِ عَمَلِهِ فَالْخَارِجُ كُلُّهُ له طَيِّبٌ لِأَنَّهُ حَاصِلٌ من مِلْكِهِ وهو الْبَذْرُ في مِلْكِهِ وهو الْأَرْضُ وإذا كان من قِبَلِ الْعَامِلِ وَاسْتَحَقَّ الْخَارِجَ وَغَرِمَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَجْرَ مِثْلِ أَرْضِهِ فَالْخَارِجُ كُلُّهُ لَا يَطِيبُ له بَلْ يَأْخُذُ من الزَّرْعِ قَدْرَ بَذْرِهِ وَقَدْرَ أَجْرِ مِثْلِ الْأَرْضِ وَيَطِيبُ ذلك له لِأَنَّهُ سُلِّمَ له بِعِوَضٍ وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ على ذلك لِأَنَّهُ وَإِنْ تَوَلَّدَ من بَذْرِهِ لَكِنْ في أَرْضِ غَيْرِهِ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَتَمَكَّنَتْ فيه شُبْهَةُ الْخُبْثِ فَكَانَ سَبِيلُهُ التَّصَدُّقَ
وَمِنْهَا أَنَّ أَجْرَ الْمِثْلِ لَا يَجِبُ في الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ ما لم يُوجَدْ اسْتِعْمَالُ الْأَرْضِ لِأَنَّ الْمُزَارَعَةَ عَقْدُ إجَارَةٍ وَالْأُجْرَةُ في الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ لَا تَجِبُ إلَّا بِحَقِيقَةِ الِاسْتِعْمَالِ وَلَا تَجِبُ بِالتَّخْلِيَةِ لِانْعِدَامِ التَّخْلِيَةِ فيها حَقِيقَةً إذْ هِيَ عِبَارَةٌ عن رَفْعِ الْمَوَانِعِ وَالتَّمَكُّنِ من الِانْتِفَاعِ حَقِيقَةً وَشَرْعًا ولم يُوجَدْ بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ الصحيح (((الصحيحة))) على ما عُرِفَ في الْإِجَارَاتِ
وَمِنْهَا أَنَّ أَجْرَ الْمِثْلِ يَجِبُ في الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ وَإِنْ لم تُخْرِجْ الْأَرْضُ شيئا بَعْدَ أَنْ اسْتَعْمَلَهَا الْمُزَارِعُ وفي الْمُزَارَعَةِ الصَّحِيحَةِ إذ لم تُخْرِجْ شيئا لَا يَجِبُ شَيْءٌ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وقد مَرَّ الْفَرْقُ فِيمَا تَقَدَّمَ
وَمِنْهَا أَنَّ أَجْرَ الْمِثْلِ في الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ يَجِبُ مُقَدَّرًا بِالْمُسَمَّى عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجِبُ تَامًّا وَهَذَا إذَا كانت الْأُجْرَةُ وهو حِصَّةُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَمَّاةً في الْعَقْدِ فَإِنْ لم يَكُنْ يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ تَامًّا بِالْإِجْمَاعِ
وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْأَصْلَ في الْأَجارة وُجُوبُ أَجْرِ الْمِثْلِ لِأَنَّهَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وهو تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِعِوَضٍ وَمَبْنَى الْمُعَاوَضَاتِ على الْمُسَاوَاةِ بين الْبَدَلَيْنِ وَذَلِكَ في وُجُوبِ أَجْرِ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ الْمِثْلُ الْمُمْكِنُ في الْبَابِ إذْ هو قَدْرُ قِيمَةِ الْمَنَافِعِ الْمُسْتَوْفَاةِ إلَّا أَنَّ فيه ضَرْبَ جَهَالَةٍ وَجَهَالَةُ الْمَعْقُودِ عليه تَمْنَعُ صِحَّةَ الْعَقْدِ فَلَا بُدَّ من تَسْمِيَةِ الْبَدَلِ تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ فَوَجَبَ الْمُسَمَّى على قَدْرِ

قِيمَةِ الْمَنَافِعِ أَيْضًا فإذا لم يَصِحَّ الْعَقْدُ لِفَوَاتِ شَرْطٍ من شَرَائِطِهِ وَجَبَ الْمَصِيرُ إلَى الْبَدَلِ الْأَصْلِيِّ لِلْمَنَافِعِ وهو أَجْرُ الْمِثْلِ وَلِهَذَا إذَا لم يُسَمِّ الْبَدَلَ أَصْلًا في الْعَقْدِ وَجَبَ أَجْرُ الْمِثْلِ بَالِغًا ما بَلَغَ
وَجْهُ قَوْلِ أبي يُوسُفَ أَنَّ الْأَصْلَ ما قَالَهُ مُحَمَّدٌ وهو وُجُوبُ أَجْرِ الْمِثْلِ بَدَلًا عن الْمَنَافِعِ قِيمَةً لها لِأَنَّهُ هو الْمِثْلُ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ لَكِنْ مُقَدَّرًا بِالْمُسَمَّى لِأَنَّهُ كما يَجِبُ اعْتِبَارُ الْمُمَاثَلَةِ في الْبَدَلِ في عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ يَجِبُ اعْتِبَارُ التَّسْمِيَةِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ لِأَنَّ اعْتِبَارَ تَصَرُّفِ الْعَاقِلِ وَاجِبٌ ما أَمْكَنَ وَأَمْكَنَ ذلك بِتَقْدِيرِ أَجْرِ الْمِثْلِ بِالْمُسَمَّى لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ ما رضيب (((رضي))) الزيادة (((بالزيادة))) على الْمُسَمَّى وَالْآجِرُ ما رضي بِالنُّقْصَانِ عنه فَكَانَ اعْتِبَارُ الْمُسَمَّى في تَقْدِيرِ أَجْرِ الْمِثْلِ بِهِ عَمَلًا بِالدَّلِيلَيْنِ وَرِعَايَةً لِلْجَانِبَيْنِ بِالْقَدْرِ الْمُمْكِنِ فَكَانَ أَوْلَى بِخِلَافِ ما إذَا لم يَكُنْ الْبَدَلُ مُسَمًّى في الْعَقْدِ لِأَنَّ الْبَدَلَ إذَا لم يَكُنْ مُسَمًّى أَصْلًا لَا حَاجَةَ إلَى اعْتِبَارِ التَّسْمِيَةِ فَوَجَبَ اعْتِبَارُ أَجْرِ الْمِثْلِ فَهُوَ الْفَرْقُ
فَصْلٌ وَأَمَّا الْمَعَانِي التي هِيَ عُذْرٌ في فَسْخِ الْمُزَارَعَةِ فَأَنْوَاعٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الْمُزَارِعِ
أَمَّا الْأَوَّلُ الذي يَرْجِعُ إلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ فَهُوَ الدَّيْنُ الْفَادِحُ الذي لَا قَضَاءَ له إلَّا من ثَمَنِ هذه الْأَرْضِ تُبَاعُ في الدَّيْنِ وَيُفْسَخُ الْعَقْدُ بهذا الْعُذْرِ إذَا أَمْكَنَ الْفَسْخُ بِأَنْ كان قبل الزِّرَاعَةِ أو بَعْدَهَا إذَا أَدْرَكَ الزَّرْعُ وَبَلَغَ مَبْلَغَ الْحَصَادِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْمُضِيُّ في الْعَقْدِ إلَّا بِضَرَرٍ يَلْحَقُهُ فَلَا يَلْزَمُهُ تَحَمُّلُ الضَّرَرِ فَيَبِيعُ الْقَاضِي الْأَرْضَ بِدَيْنِهِ أَوَّلًا ثُمَّ يَفْسَخُ الْمُزَارَعَةَ وَلَا تَنْفَسِخُ بِنَفْسِ الْعُذْرِ وَإِنْ لم يُمْكِنْ الْفَسْخُ بِأَنْ كان الزَّرْعُ لم يُدْرِكْ ولم يَبْلُغْ مَبْلَغَ الْحَصَادِ لَا يُبَاعُ في الدَّيْنِ وَلَا يُفْسَخُ إلَى أَنْ يُدْرِكَ الزَّرْعُ لِأَنَّ في الْبَيْعِ إبْطَالَ حَقِّ الْعَامِلِ وفي الِانْتِظَارِ إلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ تَأْخِيرَ حَقِّ صَاحِبِ الدَّيْنِ

وَفِيهِ رِعَايَةُ الْجَانِبَيْنِ فَكَانَ أَوْلَى وَيُطْلَقُ من الْحَبْسِ إنْ كان مَحْبُوسًا إلَى غَايَةِ الْإِدْرَاكِ لِأَنَّ الْحَبْسَ جَزَاءُ الظُّلْمِ وهو الْمَطْلُ وأنه غَيْرُ مُمَاطِلٍ قبل الْإِدْرَاكِ لِكَوْنِهِ مَمْنُوعًا عن بَيْعِ الْأَرْضِ شَرْعًا وَالْمَمْنُوعُ مَعْذُورٌ فإذا أَدْرَكَ الزَّرْعُ يُرَدُّ إلَى الْحَبْسِ ثَانِيًا لِيَبِيعَ أَرْضَهُ وَيُؤَدِّيَ دَيْنَهُ بِنَفْسِهِ وَإِلَّا فَيَبِيعُ الْقَاضِي عليه
وَأَمَّا الثَّانِي الذي يَرْجِعُ إلَى الْمُزَارِعِ فَنَحْوُ الْمَرَضِ لِأَنَّهُ مُعْجِزٌ عن الْعَمَلِ وَالسَّفَرِ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إلَيْهِ وَتَرْكِ حِرْفَةٍ إلَى حِرْفَةٍ لِأَنَّ من الْحِرَفِ ما لَا يُغْنِي من جُوعٍ فَيَحْتَاجُ إلَى الِانْتِقَالِ إلَى غَيْرِهِ وَمَانِعٍ يَمْنَعُهُ من الْعَمَلِ على ما عُرِفَ في كِتَابِ الْإِجَارَةِ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَنْفَسِخُ بِهِ عَقْدُ الْمُزَارَعَةِ بَعْدَ وُجُودِهِ فَأَنْوَاعٌ منها الْفَسْخُ وهو نَوْعَانِ صَرِيحٌ وَدَلَالَةٌ
فَالصَّرِيحُ أَنْ يَكُونَ بِلَفْظِ الْفَسْخِ وَالْإِقَالَةِ لِأَنَّ الْمُزَارَعَةَ مُشْتَمِلَةٌ على الْإِجَارَةِ وَالشَّرِكَةِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَابِلٌ لِصَرِيحِ الْفَسْخِ وَالْإِقَالَةِ
وَأَمَّا الدَّلَالَةُ فَنَوْعَانِ الْأَوَّلُ امْتِنَاعُ صَاحِبِ الْبَذْرِ عن الْمُضِيِّ في الْعَقْدِ بِأَنْ قال لَا أُرِيدُ مُزَارَعَةَ الْأَرْضِ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْعَقْدَ غَيْرُ لَازِمٍ في حَقِّهِ فَكَانَ بِسَبِيلٍ من الِامْتِنَاعِ عن الْمُضِيِّ فيه من غَيْرِ عُذْرٍ وَيَكُونُ ذلك فَسْخًا منه

دَلَالَةً وَالثَّانِي حَجْرُ الْمَوْلَى على الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ بعدما دَفَعَ الْأَرْضَ وَالْبَذْرَ مُزَارَعَةً وَبَيَانُ ذلك أَنَّ الْعَبْدَ الْمَأْذُونَ إذَا دَفَعَ الْأَرْضَ وَالْبَذْرَ مُزَارَعَةً فَحَجَرَهُ الْمَوْلَى قبل الْمُزَارَعَةِ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ حتى يَمْلِكَ مَنْعَ الْمُزَارِعِ عن الْمُزَارَعَةِ لِأَنَّ الْعَقْدَ لم يَقَعْ لَازِمًا من جِهَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ صَاحِبُ بَذْرٍ فَيَمْلِكُ الْمَوْلَى مَنْعَهُ عن الزِّرَاعَةِ بِالْحَجْرِ كما كان يَمْلِكُ الْعَبْدُ مَنْعَهُ قبل الْحَجْرِ

وَلَوْ كان الْبَذْرُ من جِهَةِ الْمُزَارِعِ لَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ حتى لَا يَمْلِكَ الْمَوْلَى وَلَا الْعَبْدُ مَنْعَ الْمُزَارِعِ عن الْمُزَارَعَةِ لِأَنَّ الْعَقْدَ لَازِمٌ من قِبَلِ صَاحِبِ الْبَذْرِ وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ مَنْعَهُ من الزِّرَاعَةِ قبل الْحَجْرِ فَلَا يَمْلِكُ الْمَوْلَى مَنْعَهُ بِالْحَجْرِ أَيْضًا هذا إذَا دَفَعَ الْأَرْضَ مُزَارَعَةً

فَأَمَّا إذَا أَخَذَهَا مُزَارَعَةً فَإِنْ كان الْبَذْرُ من قِبَلِهِ انْفَسَخَ الْعَقْدُ لِأَنَّهُ إذَا حُجِرَ عليه فَقَدْ عَجَزَ عن الْعَمَلِ وأنه يُوجِبُ انْفِسَاخَ الْعَقْدِ لِفَوَاتِ الْمَعْقُودِ عليه

وَإِنْ كان الْبَذْرُ وَالْأَرْضُ من قِبَلِ صَاحِبِ الْبَذْرِ لَا يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ بِالْحَجْرِ لِأَنَّهُ بِالْحَجْرِ لم يَعْجَزْ عن الْعَمَلِ إلَّا أَنَّ لِلْمَوْلَى مَنْعَهُ عن الْعَمَلِ لِمَا فيه من إتْلَافِ مِلْكِهِ وهو الْبَذْرُ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ ما لَا يَنْفَسِخَ بِالْحَجْرِ

هذا إذَا حَجَرَ على الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ فَأَمَّا إذَا لم يَحْجُرْ عليه وَلَكِنْ نَهَاهُ عن الزِّرَاعَةِ أو فَسَخَ الْعَقْدَ بَعْدَ الزِّرَاعَةِ أو نهى قبل ذلك إلَّا أَنَّهُ لم يَحْجُرْ عليه فَالنَّهْيُ بَاطِلٌ وَكَذَلِكَ نَهْيُ الْأَبِ الصَّبِيَّ الْمَأْذُونَ قبل عَقْدِ الْمُزَارَعَةِ أو بَعْدَهُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ النَّهْيَ عن الزِّرَاعَةِ وَالْفَسْخَ بَعْدَهَا من بَابِ تَخْصِيصِ الْإِذْنِ بِالتِّجَارَةِ وَالْإِذْنُ بِالتِّجَارَةِ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ التَّخْصِيصَ

وَمِنْهَا انْقِضَاءُ مُدَّةِ الْمُزَارَعَةِ لِأَنَّهَا إذَا انْقَضَتْ فَقَدْ انْتَهَى الْعَقْدُ وهو مَعْنَى الِانْفِسَاخِ

وَمِنْهَا مَوْتُ صَاحِبِ الْأَرْضِ سَوَاءٌ مَاتَ قبل الزِّرَاعَةِ أو بَعْدَهَا

وَسَوَاءٌ أَدْرَكَ الزَّرْعُ أو هو بَقْلٌ لِأَنَّ الْعَقْدَ أَفَادَ الْحُكْمَ له دُونَ وَارِثِهِ لِأَنَّهُ عَاقِدٌ لِنَفْسِهِ

وَالْأَصْلُ أَنَّ من عَقَدَ لِنَفْسِهِ بِطَرِيقِ الْأَصَالَةِ فَحُكْمُ تَصَرُّفِهِ يَقَعُ له لَا لِغَيْرِهِ إلَّا لِضَرُورَةٍ

وَمِنْهَا مَوْتُ الْمُزَارِعِ سَوَاءٌ مَاتَ قبل الزِّرَاعَةِ أو بَعْدَهَا بَلَغَ الزَّرْعُ حَدَّ الْحَصَادِ أو لم يَبْلُغْ لِمَا ذَكَرْنَا

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ الْمُزَارَعَةِ الْمُنْفَسِخَةِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ لَا يَخْلُو من وَجْهَيْنِ إمَّا إن انْفَسَخَتْ قبل الزِّرَاعَةِ أو بَعْدَهَا فَإِنْ انْفَسَخَتْ قبل الزِّرَاعَةِ لَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ وَإِنْ كَرَبَ الْأَرْضَ وَحَفَرَ الْأَنْهَارَ وَسَوَّى الْمُسَنَّيَاتِ بِأَيِّ طَرِيقٍ انْفَسَخَ

سَوَاءٌ انْفَسَخَ بِصَرِيحِ الْفَسْخِ أو بِدَلِيلِهِ أو بِانْقِضَاءِ الْمُدَّةِ أو بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لِأَنَّ الْفَسْخَ يَظْهَرُ أَثَرُهُ في الْمُسْتَقْبَلِ بِانْتِهَاءِ حُكْمِهِ لَا في الْمَاضِي فَلَا يَتَبَيَّنُ أَنَّ الْعَقْدَ لم يَكُنْ صَحِيحًا وَالْوَاجِبُ في الْعَقْدِ الصَّحِيحِ الْمُسَمَّى وهو بَعْضُ الْخَارِجِ ولم يُوجَدْ فَلَا شَيْءَ

وَقِيلَ هذا جَوَابُ الْحُكْمِ فَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى عليه أَنْ يُرْضِيَ الْعَامِلَ فِيمَا إذَا امْتَنَعَ عن الْمُضِيِّ في الْعَقْدِ قبل الزِّرَاعَةِ وَلَا يَحِلُّ له الِامْتِنَاعُ شَرْعًا فإنه يُشْبِهُ التعزير (((التغرير))) وَإِنَّهُ حَرَامٌ وَإِنْ انْفَسَخَتْ بَعْدَ الزِّرَاعَةِ فَإِنْ كان الزَّرْعُ قد أَدْرَكَ وَبَلَغَ فَالْحَصَادُ وَالْخَارِجُ بَيْنَهُمَا على الشَّرْطِ وَإِنْ كان لم يُدْرِكْ فَكَذَا الْجَوَابُ في صَرِيحِ الْفَسْخِ وَدَلِيلِهِ وَانْقِضَاءِ الْمُدَّةِ لِأَنَّ الزَّرْعَ بَيْنَهُمَا على الشَّرْطِ وَالْعَمَلُ فِيمَا بَقِيَ إلَى وَقْتِ الْحَصَادِ عَلَيْهِمَا وَعَلَى الْمُزَارِعِ أَجْرُ مِثْلِ نِصْفِ الْأَرْضِ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ

أَمَّا الزَّرْعُ بَيْنَهُمَا على الشَّرْطِ فَلِمَا مَرَّ أَنَّ انْفِسَاخَ الْعَقْدِ يَظْهَرُ أَثَرُهُ في

الْمُسْتَقْبَلِ لَا في الْمَاضِي فَبَقِيَ الزَّرْعُ بَيْنَهُمَا على ما كان قبل الِانْفِسَاخِ وَأَمَّا الْعَمَلُ فِيمَا بَقِيَ إلَى وَقْتِ الْحَصَادِ

عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُ عَمَلٌ في مَالٍ مُشْتَرَكٍ لم يُشْتَرَطْ الْعَمَلُ فيه على أَحَدِهِمَا فَيَكُونُ عَلَيْهِمَا وَعَلَى الْمُزَارِعِ أَجْرُ مِثْلِ نِصْفِ الْأَرْضِ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ لِأَنَّ الْعَقْدَ قد انْفَسَخَ وفي الْقَلْعِ ضَرَرٌ بِالْمُزَارِعِ وفي التَّرْكِ بِغَيْرِ أَجْرٍ ضَرَرٌ بِصَاحِبِ الْأَرْضِ فَكَانَ التَّرْكُ بِأَجْرِ الْمِثْلِ نَظَرًا من الْجَانِبَيْنِ بِخِلَافِ ما إذَا مَاتَ صَاحِبُ الْأَرْضِ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ أَنَّ الْعَمَلَ يَكُونُ على الْمُزَارِعِ خَاصَّةً لِأَنَّ هُنَاكَ انْفَسَخَ الْعَقْدُ حَقِيقَةً لِوُجُودِ سَبَبِ الْفَسْخِ وهو الْمَوْتُ إلَّا أَنَّا بَقَّيْنَاهُ تَقْدِيرًا دَفْعًا لِلضَّرَرِ عن الْمُزَارِعِ لِأَنَّهُ لو انْفَسَخَ لَثَبَتَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ حَقُّ الْقَلْعِ وَفِيهِ ضَرَرٌ بِالْمُزَارِعِ فَجُعِلَ هذا عُذْرًا في بَقَاءِ الْعَقْدِ تَقْدِيرًا فإذا بَقِيَ الْعَقْدُ كان الْعَمَلُ على الْمُزَارِعِ خَاصَّةً كما كان قبل الْمَوْتِ وَهَذَا لَا يَتَّضِحُ فَإِنْ اتَّفَقَ أَحَدُهُمَا من غَيْرِ إذْنِ صَاحِبِهِ وَمِنْ غَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ وَلَوْ أَرَادَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَنْ يَأْخُذَ الزَّرْعَ بَقْلًا لم يَكُنْ له ذلك لِأَنَّ فيه ضَرَرًا بِالْمُزَارِعِ وَلَوْ أَرَادَ الْمُزَارِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بَقْلًا فَصَاحِبُ الْأَرْضِ بين خِيَارَاتٍ ثَلَاثٍ إنْ شَاءَ قَلَعَ الزَّرْعَ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا وَإِنْ شَاءَ أَعْطَى الْمُزَارِعَ قِيمَةَ نَصِيبِهِ من الزَّرْعِ وَإِنْ شَاءَ أَنْفَقَ هو على الزَّرْعِ من مَالِهِ ثُمَّ يَرْجِعُ على الْمُزَارِعِ بِحِصَّتِهِ لِأَنَّ فيه رِعَايَةَ الْجَانِبَيْنِ
وَأَمَّا في مَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ أَمَّا إذَا مَاتَ رَبُّ الْأَرْضِ بَعْدَ ما دَفَعَ الْأَرْضَ مُزَارَعَةً ثَلَاثَ سِنِينَ وَنَبَتَ الزَّرْعُ وَصَارَ بَقْلًا تُتْرَكُ الْأَرْضُ في يَدَيْ الْمُزَارِعِ إلَى وَقْتِ الْحَصَادِ وَيُقْسَمُ على الشَّرْطِ الْمَذْكُورِ لِأَنَّ في التَّرْكِ إلَى وَقْتِ الْحَصَادِ نَظَرًا من الْجَانِبَيْنِ وفي الْقَلْعِ إضْرَارًا بِأَحَدِهِمَا وهو الْمُزَارِعُ وَيَكُونُ الْعَمَلُ على الْمُزَارِعِ خَاصَّةً لِبَقَاءِ الْعَقْدِ تَقْدِيرًا في هذه السَّنَةِ في هذا الزَّرْعِ وَإِنْ مَاتَ الْمُزَارِعُ وَالزَّرْعُ بَقْلٌ فقال وَرَثَتُهُ نَحْنُ نَعْمَلُ على شَرْطِ الْمُزَارَعَةِ وَأَبَى ذلك صَاحِبُ الْأَرْضِ فَالْأَمْرُ إلَى وَرَثَةِ الْمُزَارِعِ لِأَنَّ في الْقَلْعِ ضَرَرًا بِالْوَرَثَةِ وَلَا ضَرَرَ بِصَاحِبِ الْأَرْضِ في التَّرْكِ إلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ وإذا تَرَكَ لَا أَجْرَ لِلْوَرَثَةِ فِيمَا يَعْمَلُونَ لِأَنَّهُمْ يَعْمَلُونَ على حُكْمِ عَقْدِ أَبِيهِمْ تَقْدِيرًا فَكَأَنَّهُ يَعْمَلُ أَبُوهُمْ وَإِنْ أَرَادَ الْوَرَثَةُ قَلْعَ الزَّرْعِ لم يُجْبَرُوا على الْعَمَلِ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَنْفَسِخُ حَقِيقَةً إلَّا أَنَّا بَقَّيْنَاهُ بِاخْتِيَارِهِمْ نَظَرًا لهم فَإِنْ امْتَنَعُوا عن الْعَمَلِ بَقِيَ الزَّرْعُ مُشْتَرَكًا فَإِمَّا أَنْ يُقْسَمَ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ أو يُعْطِيَهُمْ صَاحِبُ الْأَرْضِ قَدْرَ حِصَّتِهِمْ من الزَّرْعِ الْبَقْلِ أو يُنْفِقَ من مَالِ نَفْسِهِ إلَى وَقْتِ الْحَصَادِ ثُمَّ يَرْجِعَ عليهم بِحِصَّتِهِمْ لِأَنَّ فيه رِعَايَةَ الْجَانِبَيْنِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
كِتَابُ الْمُعَامَلَةِ وقد يُسَمَّى كِتَابَ الْمُسَاقَاةِ وَالْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في الْمَوَاضِعِ التي ذَكَرْنَاهَا في الْمُزَارَعَةِ
أَمَّا مَعْنَى الْمُعَامَلَةِ لُغَةً فَهُوَ مُفَاعَلَةٌ من الْعَمَلِ وفي عُرْفِ الشَّرْعِ عِبَارَةٌ عن الْعَقْدِ على الْعَمَلِ بِبَعْضِ الْخَارِجِ مع سَائِرِ شَرَائِطِ الْجَوَازِ
وَأَمَّا شَرْعِيَّتُهَا فَقَدْ اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فيها قال أبو حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ إنَّهَا غَيْرُ مَشْرُوعَةٍ وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ مَشْرُوعَةٌ وَاحْتَجُّوا بِحَدِيثِ خَيْبَرَ أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ دَفَعَ نَخِيلَهُمْ مُعَامَلَةً وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ هذا اسْتِئْجَارٌ بِبَعْضِ الْخَارِجِ وَأَنَّهُ مَنْهِيٌّ عنه على ما

ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ وقد مَرَّ الْجَوَابُ عن الِاسْتِدْلَالِ بِحَدِيثِ خَيْبَرَ فَلَا نُعِيدُهُ
وَأَمَّا رُكْنُهَا فَهُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ على نَحْوِ ما ذَكَرْنَا فِيمَا تَقَدَّمَ من غَيْرِ تَفَاوُتٍ
وَأَمَّا الشَّرَائِطُ الْمُصَحِّحَةُ لها على قَوْلِ من يُجِيزُهَا فما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ
منها أَنْ يَكُونَ الْعَاقِدَانِ عَاقِلَيْنِ فَلَا يَجُوزُ عَقْدُ من لَا يَعْقِلُ فَأَمَّا الْبُلُوغُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ وَكَذَا الْحُرِّيَّةُ على نَحْوِ ما مَرَّ في كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَا مُرْتَدَّيْنِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ على قِيَاسِ قَوْلِ من أَجَازَ الْمُعَامَلَةَ حتى لو كان أَحَدُهُمَا مُرْتَدًّا وُقِفَتْ الْمُعَامَلَةُ ثُمَّ إنْ كان الْمُرْتَدُّ هو الدَّافِعَ فَإِنْ أَسْلَمَ فَالْخَارِجُ بَيْنَهُمَا على الشَّرْطِ وَإِنْ قُتِلَ أو مَاتَ أو لَحِقَ فَالْخَارِجُ كُلُّهُ لِلدَّافِعِ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ وَلِلْآخَرِ أَجْرُ الْمِثْلِ إذَا عَمِلَ وَعِنْدَهُمَا الْخَارِجُ بين الْعَامِلِ الْمُسْلِمِ وَبَيْنَ وَرَثَةِ الدَّافِعِ على الشَّرْطِ في الْحَالَيْنِ كما إذَا كَانَا مُسْلِمَيْنِ وَإِنْ كان الْمُرْتَدُّ هو الْعَامِلَ فَإِنْ أَسْلَمَ فَالْخَارِجُ بَيْنَهُمَا على الشَّرْطِ وَإِنْ قُتِلَ أو مَاتَ على الرِّدَّةِ أو لَحِقَ فَالْخَارِجُ بين الدَّافِعِ الْمُسْلِمِ وَبَيْنَ وَرَثَةِ الْعَامِلِ الْمُرْتَدِّ على الشَّرْطِ بِالْإِجْمَاعِ لِمَا مَرَّ في الْمُزَارَعَةِ
هذا إذَا كانت الْمُعَامَلَةُ بين مُسْلِمٍ وَمُرْتَدٍّ فَأَمَّا إذَا كانت بين مُسْلِمَيْنِ ثُمَّ ارْتَدَّا أو ارْتَدَّ أَحَدُهُمَا فَالْخَارِجُ على الشَّرْطِ لِمَا مَرَّ في كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ وَيَجُوزُ مُعَامَلَةُ الْمُرْتَدَّةِ دَفْعًا وَاحِدًا

بِالْإِجْمَاعِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَدْفُوعُ من الشَّجَرِ الذي فيه ثَمَرَةُ مُعَامَلَةٍ فِيمَا يَزِيدُ ثَمَرُهُ بِالْعَمَلِ فَإِنْ كان الْمَدْفُوعُ نَخْلًا فيه طَلْعٌ أو بُسْرٌ قد احْمَرَّ أو اخْضَرَّ إلَّا أَنَّهُ لم يَتَنَاهَ عِظَمُهُ جَازَتْ الْمُعَامَلَةُ وَإِنْ كان قد تَنَاهَى عِظَمُهُ إلَّا أَنَّهُ لم يَرْطُبْ فَالْمُعَامَلَةُ فَاسِدَةٌ لِأَنَّهُ إذَا تَنَاهَى عِظَمُهُ لَا يُؤَثِّرُ فيه الْعَمَلُ بِالزِّيَادَةِ عَادَةً فلم يُوجَدْ الْعَمَلُ الْمَشْرُوطُ عليه فَلَا يَسْتَحِقُّ الْخَارِجَ بَلْ يَكُونُ كُلُّهُ لِصَاحِبِ النَّخْلِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ لَهُمَا فَلَوْ شَرَطَا أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا فَسَدَتْ لِمَا عُلِمَ
وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ حِصَّةُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا من بَعْضِ الْخَارِجِ مُشَاعًا مَعْلُومَ الْقَدْرِ لِمَا عُلِمَ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ الْعَمَلِ وهو الشَّجَرُ مَعْلُومًا وَبَيَانُ هذه الْجُمْلَةِ في كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ
وَمِنْهَا التَّسْلِيمُ إلَى الْعَامِلِ وهو التَّخْلِيَةُ حتى لو شَرَطَا الْعَمَلَ عَلَيْهِمَا فَسَدَتْ لِانْعِدَامِ التَّخْلِيَةِ فَأَمَّا بَيَانُ الْمُدَّةِ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ لِجَوَازِ الْمُعَامَلَةِ اسْتِحْسَانًا وَيَقَعُ على أَوَّلِ ثَمَرَةٍ تَخْرُجُ في أَوَّلِ السَّنَةِ بِخِلَافِ الْمُزَارَعَةِ وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ شَرْطًا لِأَنَّ تَرْكَ الْبَيَانِ يُؤَدِّي إلَى الْجَهَالَةِ كما في الْمُزَارَعَةِ إلَّا أَنَّهُ تُرِكَ الْقِيَاسُ لِتَعَامُلِ الناس ذلك من غَيْرِ بَيَانِ الْمُدَّةِ ولم يُوجَدْ ذلك في الْمُزَارَعَةِ حتى إنَّهُ لو وُجِدَ التَّعَامُلُ بِهِ في مَوْضِعٍ يَجُوزُ من غَيْرِ بَيَانِ الْمُدَّةِ وَبِهِ كان يُفْتِي محمد بن سَلَمَةَ على ما مَرَّ في الْمُزَارَعَةِ
وَلَوْ دَفَعَ أَرْضًا لِيَزْرَعَ فيها الرِّطَابَ أو دَفَعَ أَرْضًا فيها أُصُولٌ رَطْبَةٌ نَابِتَةٌ ولم يُسَمِّ الْمُدَّةَ فَإِنْ كان شيئا ليس لِابْتِدَاءِ نَبَاتِهِ وَلَا لِانْتِهَاءِ جَذِّهِ وَقْتٌ مَعْلُومٌ

فَالْمُعَامَلَةُ فَاسِدَةٌ وَإِنْ كان وَقْتُ جَذِّهِ مَعْلُومًا يَجُوزُ وَيَقَعُ على الْجَذَّةِ الْأُولَى كما في الشَّجَرَةِ الْمُثْمِرَةِ
فَصْلٌ وَأَمَّا الشَّرَائِطُ الْمُفْسِدَةُ لِلْمُعَامَلَةِ فَأَنْوَاعٌ دخل بَعْضُهَا في الشَّرَائِطِ الْمُصَحِّحَةِ لِلْعَقْدِ لِأَنَّ ما كان وُجُودُهُ شَرْطًا لِلصِّحَّةِ كان انْعِدَامُهُ شَرْطًا لِلْإِفْسَادِ
منها شَرْطُ كَوْنِ الْخَارِجِ كُلِّهِ لِأَحَدِهِمَا
وَمِنْهَا شَرْطُ أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا قُفْزَانٌ مُسَمَّاةٌ
وَمِنْهَا شَرْطُ الْعَمَلِ على صَاحِبِ الْأَرْضِ
وَمِنْهَا شَرْطُ الْحَمْلِ وَالْحِفْظِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ على الْعَامِلِ لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ
وَمِنْهَا شَرْطُ الْجِذَاذِ وَالْقِطَافِ على الْعَامِلِ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهُ ليس من الْمُعَامَلَةِ في شَيْءٍ وَلِانْعِدَامِ التَّعَامُلِ بِهِ أَيْضًا فَكَانَ من بَابِ مُؤْنَةِ الْمِلْكِ وَالْمِلْكُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَكَانَتْ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِمَا على قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا
وَمِنْهَا شَرْط عَمَلٍ تَبْقَى مَنْفَعَتُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْمُعَامَلَةِ نَحْوُ السرقية (((السرقنة))) وَنَصْبِ العرايش (((العرائش))) وَغَرْسِ الْأَشْجَارِ وَتَقْلِيبِ الْأَرْضِ وما أَشْبَهَ ذلك لِأَنَّهُ لَا يَقْتَضِيه الْعَقْدُ وَلَا هو من ضَرُورَاتِ الْمَعْقُودِ عليه وَمَقَاصِدِهِ
وَمِنْهَا شَرِكَةُ الْعَامِلِ فِيمَا يَعْمَلُ فيه لِأَنَّ الْعَامِلَ أَجِيرُ رَبِّ الْأَرْضِ وَاسْتِئْجَارُ الْإِنْسَانِ لِلْعَمَلِ في شَيْءٍ هو فيه شَرِيكُ الْمُسْتَأْجِرِ لَا يَجُوزُ حتى إنَّ النَّخْلَ لو كان بين رَجُلَيْنِ فَدَفَعَهُ أَحَدُهُمَا إلَى صَاحِبِهِ مُعَامَلَةً مُدَّةً مَعْلُومَةً على أَنَّ الْخَارِجَ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثٌ ثُلُثَاهُ لِلشَّرِيكِ الْعَامِلِ وَثُلُثُهُ لِلشَّرِيكِ السَّاكِتِ فَالْمُعَامَلَةُ فَاسِدَةٌ وَالْخَارِجُ بَيْنَهُمَا على قَدْرِ الْمِلْكِ وَلَا أَجْرَ لِلْعَامِلِ على شَرِيكِهِ لِمَا مَرَّ أَنَّ في الْمُعَامَلَةِ مَعْنَى الْإِجَارَةِ وَلَا يَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ لِعَمَلٍ فيه الْأَجِيرُ شَرِيكُ الْمُسْتَأْجِرِ وإذا عَمِلَ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ على شَرِيكِهِ لِمَا عُرِفَ في الْإِجَارَاتِ وَلَا يُشْبِهُ هذا الْمُزَارَعَةَ لِأَنَّ الْأَرْضَ إذَا كانت مُشْتَرَكَةً بين اثْنَيْنِ دَفَعَهَا أَحَدُهُمَا إلَى صَاحِبِهِ مُزَارَعَةً على أَنْ يَزْرَعَهَا بِبَذْرِهِ وَلَهُ ثُلُثَا الْخَارِجِ أَنَّهُ تَجُوزُ الْمُزَارَعَةُ لِأَنَّ هُنَاكَ لم يَتَحَقَّقْ الِاسْتِئْجَارُ لِلْعَمَلِ في شَيْءٍ الْأَجِيرُ فيه شَرِيكُ الْمُسْتَأْجِرِ لِانْعِدَامِ الشَّرِكَةِ في الْبَذْرِ وَهُنَا تَحَقَّقَ لِثُبُوتِ الشَّرِكَةِ في النَّخْلِ فَهُوَ الْفَرْقُ وَلَا يَتَصَدَّقُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا بِشَيْءٍ من الْخَارِجِ لِأَنَّهُ خَالِصُ مَالِهِ لِكَوْنِهِ نَمَاءَ مِلْكِهِ وَلَوْ شَرَطَا أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ لَهُمَا على قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا جَازَتْ الْمُعَامَلَةُ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَعْنِي من الشَّرِيكَيْنِ لِكَوْنِهِ نَمَاءَ مِلْكِهِ لَا بِالْعَمَلِ بَلْ الْعَامِلُ مِنْهُمَا مُعِينٌ لِصَاحِبِهِ في الْعَمَلِ من غَيْرِ عِوَضٍ فلم يَتَحَقَّقْ الِاسْتِئْجَارُ وَلَوْ أَمَرَ الشَّرِيكُ السَّاكِتُ الشَّرِيكَ الْعَامِلَ أَنْ يَشْتَرِيَ ما يُلَقِّحُ بِهِ النَّخْلَ فَاشْتَرَاهُ رَجَعَ عليه بِنِصْفِ ثَمَنِهِ لِأَنَّهُ اشْتَرَى مَالًا مُتَقَوِّمًا على الشَّرِكَةِ بِأَمْرِهِ فَيَرْجِعُ عليه وَسَوَاءٌ كان الْعَامِلُ في عَقْدِ الْمُعَامَلَةِ وَاحِدًا أو أَكْثَرَ حتى لو دَفَعَ رَجُلٌ نَخْلَهُ إلَى رَجُلَيْنِ مُعَامَلَةً بِالنِّصْفِ أو بِالثُّلُثِ جَازَ وَسَوَاءٌ سَوَّى بَيْنَهُمَا في الِاسْتِحْقَاقِ أو جَعَلَ لِأَحَدِهِمَا فَضْلًا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَجِيرُ صَاحِبِ الْأَرْضِ فَكَانَ اسْتِحْقَاقُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالشَّرْطِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ الشَّرْطِ
وَلَوْ شُرِطَ لِأَحَدِ الْعَامِلَيْنِ مِائَةُ دِرْهَمٍ على رَبِّ الْأَرْضِ وَلِلْآخَرِ ثُلُثُ الْخَارِجِ وَلِرَبِّ الْأَرْضِ الثُّلُثَانِ جَازَ لِأَنَّ الْوَاجِبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُجْرَةٌ مَشْرُوطَةٌ فَيَجِبُ على حَسْبِ ما يَقْتَضِيهِ الشَّرْطُ
وَلَوْ

شَرَطَا لِصَاحِبِ النَّخْلِ الثُّلُثَ وَلِأَحَدِ الْعَامِلَيْنِ الثُّلُثَيْنِ وَلِلْآخَرِ أَجْرُ مِائَةِ دِرْهَمٍ على الْعَامِلِ الذي شُرِطَ له الثُّلُثَانِ فَهُوَ فَاسِدٌ وَلَا يُشْبِهُ هذا الْمُزَارَعَةَ أَن من دَفَعَ الْأَرْضَ مُزَارَعَةً على أَنَّ لِرَبِّ الْأَرْضِ الثُّلُثَ وَلِلزَّارِعِ الثُّلُثَانِ على أَنْ يَعْمَلَ فُلَانٌ معه بِثُلُثِ الْخَارِجِ أَنَّ الْمُزَارَعَةَ جَائِزَةٌ بين رَبِّ الْأَرْضِ وَالْمُزَارِعِ فَاسِدَةٌ في حَقِّ الثَّالِثِ لِأَنَّ الْمُعَامَلَةَ اسْتِئْجَارُ الْعَامِلِ وَالْأُجْرَةُ تَجِبُ على الْمُسْتَأْجِرِ دُونَ الْأَجِيرِ بِمُقَابَلَةِ الْعَمَلِ وَالْعَمَلُ لِلْمُسْتَأْجِرِ فَكَانَتْ الْأُجْرَةُ عليه فإذا اشْتَرَطَهَا على الْأَجِيرِ فَقَدْ اسْتَأْجَرَهُ لِيَعْمَلَ له على أَنْ تَكُونَ الْأُجْرَةُ على غَيْرِهِ وَلَا سَبِيلَ إلَيْهِ فَفَسَدَ الْعَقْدُ وَهَذَا هو الْمُوجِبُ لِلْفَسَادِ في حَقِّ الثَّالِثِ في بَابِ الْمُزَارَعَةِ لَا أَنَّهُ صَحَّ فِيمَا بين صَاحِبِ الْأَرْضِ وَالْمُزَارِعِ لِأَنَّهُ جُعِلَ بِمَنْزِلَةِ عَقْدَيْنِ فَفَسَادُ أَحَدِهِمَا لَا يُوجِبُ فَسَادَ الْآخَرِ وَهَذَا مع هذا التَّكَلُّفِ غَيْرُ وَاضِحٍ وَيَتَّضِحُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْمُعَامَلَةِ الصَّحِيحَةِ عِنْدَ مُجِيزِهَا فَأَنْوَاعٌ منها أَنَّ كُلَّ ما كان من عَمَلِ الْمُعَامَلَةِ مِمَّا يَحْتَاجُ إلَيْهِ الشَّجَرُ وَالْكَرْمُ وَالرِّطَابُ وَأُصُولُ الْبَاذِنْجَانِ من السَّقْيِ وَإِصْلَاحِ النَّهْرِ وَالْحِفْظِ وَالتَّلْقِيحِ لِلنَّخْلِ فَعَلَى الْعَامِلِ لِأَنَّهَا من تَوَابِعِ الْمَعْقُودِ عليه فَيَتَنَاوَلُهُ الْعَقْدُ وكل ما كان من بَابِ النَّفَقَةِ على الشَّجَرِ وَالْكَرْمِ وَالْأَرْضِ من السِّرْقِينِ وَتَقْلِيبِ الْأَرْضِ التي فيها الْكَرْمُ وَالشَّجَرُ وَالرِّطَابُ وَنَصْبِ العرايش (((العرائش))) وَنَحْوِ ذلك فَعَلَيْهِمَا على قَدْرِ حَقَّيْهِمَا لِأَنَّ الْعَقْدَ لم يَتَنَاوَلْهُ لَا مَقْصُودًا وَلَا ضَرُورَةً وَكَذَلِكَ الْجِذَاذُ وَالْقِطَافُ لِأَنَّ ذلك يَكُونُ بَعْدَ انْتِهَاءِ الْعَمَلِ فَلَا يَكُونُ من حُكْمِ عَقْدِ الْمُعَامَلَةِ

وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ بَيْنَهُمَا على الشَّرْطِ لِمَا مَرَّ

وَمِنْهَا أَنَّهُ إذَا لم يُخْرِجْ الشَّجَرُ شيئا فَلَا شَيْءَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخِلَافِ الْمُزَارَعَةِ الْفَاسِدَةِ لِمَا مَرَّ من الْفَرْقِ في كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ

وَمِنْهَا أَنَّ هذا الْعَقْدَ لَازِمٌ من الْجَانِبَيْنِ حتى لَا يَمْلِكَ أَحَدُهُمَا الِامْتِنَاعَ وَالْفَسْخَ من غَيْرِ رِضَا صَاحِبِهِ إلَّا من عُذْرٍ بِخِلَافِ الْمُزَارَعَةِ فَإِنَّهَا غَيْرُ لَازِمَةٍ في جَانِبِ صَاحِبِ الْبَذْرِ وقد مَرَّ الْفَرْقُ

وَمِنْهَا وِلَايَةُ جَبْرِ الْعَامِلِ على الْعَمَلِ إلَّا من عُذْرٍ على ما قَدَّمْنَاهُ

وَمِنْهَا جَوَازُ الزِّيَادَةِ على الشَّرْطِ وَالْحَطِّ عنه وَانْعِدَامُ الْجَوَازِ

وَالْأَصْلُ فيه ما مَرَّ في كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ أَنَّ كُلَّ مَوْضِعٍ احْتَمَلَ إنْشَاءَ الْعَقْدِ احْتَمَلَ الزِّيَادَةَ وَإِلَّا فَلَا وَالْحَطُّ جَائِزٌ في الْمَوْضِعَيْنِ أَصْلُهُ بِالزِّيَادَةِ في الثَّمَنِ وَالْمُثَمَّنِ فإذا دَفَعَ نَخْلًا بِالنِّصْفِ مُعَامَلَةً فَخَرَجَ الثَّمَرُ فَإِنْ لم يَتَنَاهَ عِظَمُهُ جَازَتْ الزِّيَادَةُ مِنْهُمَا أَيُّهُمَا كان لِأَنَّ الْإِنْشَاءَ لِلْعَقْدِ في هذه الْحَالَةِ جَائِزٌ فَكَانَتْ الزِّيَادَةُ جَائِزَةً

وَلَوْ تَنَاهَى عِظَمُ الْبُسْرِ جَازَتْ الزِّيَادَةُ من الْعَامِلِ لزب (((لرب))) الْأَرْضِ شيئا وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ من رَبِّ الْأَرْضِ لِلْعَامِلِ شيئا لِأَنَّ هذه زِيَادَةٌ في الْأُجْرَةِ لِأَنَّ الْعَامِلَ أَجِيرٌ وَالْمَحَلَّ لَا يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الْإِنْشَاءَ وَالْأَوَّلُ حَطٌّ من الْأُجْرَةِ وَاحْتِمَالُ الْإِنْشَاءِ ليس بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْحَطِّ

وَمِنْهَا أَنَّ الْعَامِلَ لَا يَمْلِكُ أَنْ يَدْفَعَ إلَى غَيْرِهِ مُعَامَلَةً إلَّا إذَا قال له رَبُّ الْأَرْضِ اعْمَلْ فيه بِرَأْيِك لِأَنَّ الدَّفْعَ إلَى غَيْرِهِ إثْبَاتُ الشَّرِكَةِ في مَالِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَلَا يَصِحُّ

وإذا قال له اعْمَلْ فيه بِرَأْيِك فَقَدْ أَذِنَ له فَصَحَّ وَلَوْ لم يَقُلْ له اعْمَلْ بِرَأْيِك فيه فَدَفَعَ الْعَامِلُ إلَى رَجُلٍ آخَرَ مُعَامَلَةً فَعَمِلَ فيه فَأَخْرَجَ فَهُوَ لِصَاحِبِ النَّخْلِ وَلَا أَجْرَ لِلْعَامِلِ الْأَوَّلِ وَلِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ بِالشَّرْطِ وهو شَرْطُ الْعَمَلِ ولم يُوجَدْ منه الْعَمَلُ بِنَفْسِهِ وَلَا بِغَيْرِهِ أَيْضًا لِأَنَّ عَقْدَهُ معه لم يَصِحَّ فلم يَكُنْ عَمَلُهُ مُضَافًا إلَيْهِ وَلَهُ على الْعَامِلِ الْأَوَّلِ أَجْرُ مِثْلِ عَمَلِهِ يوم عَمِلَ لِأَنَّهُ عَمِلَ له بِأَمْرِهِ فَاسْتَحَقَّ أَجْرَ الْمِثْلِ وَلَوْ هَلَكَ الثَّمَرُ في يَدِ الْعَامِلِ الْآخِيرِ من (((منا))) غَيْرِ عَمَلِهِ وهو في رؤوس النَّخْلِ فَلَا ضَمَانَ على وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِانْعِدَامِ الْغَصْبِ من وَاحِدٍ مِنْهُمَا وهو تَفْوِيتُ يَدِ الْمَالِكِ
وَلَوْ هَلَكَ من عَمَلِهِ في أَمْرٍ خَالَفَ فيه أَمْرَ الْعَامِلِ الْأَوَّلِ فَالضَّمَانُ لِصَاحِبِ النَّخْلِ على الْعَامِلِ الْآخَرِ دُونَ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْخِلَافَ قَطَعَ نِسْبَةَ عَمَلِهِ إلَيْهِ فَبَقِيَ مُتْلِفًا على الْمَالِكِ مَالَهُ فَكَانَ الضَّمَانُ عليه وَلَوْ هَلَكَ في يَدِهِ من عَمَلِهِ في أَمْرٍ لم يُخَالِفْ فيه أَمْرَ الْعَامِلِ الْأَوَّلِ فَلِصَاحِبِ النَّخْلِ أَنْ يُضَمِّنَ أَيَّهُمَا شَاءَ لِأَنَّهُ إذَا لم يُوجَدْ منه بِخِلَافٍ بَقِيَ عَمَلُهُ مُضَافًا إلَيْهِ كَأَنَّهُ عَمِلَ لِنَفْسِهِ فَكَانَ له أَنْ يُضَمِّنَهُ وَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الثَّانِيَ لِأَنَّهُ في مَعْنَى غَاصِبِ الْغَاصِبِ فَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْأَوَّلِ لم يَرْجِعْ على الْآخَرِ بِشَيْءٍ لِأَنَّهُ عَمِلَ بِأَمْرِ الْأَوَّلِ فَلَوْ رَجَعَ عليه لَرَجَعَ هو عليه أَيْضًا فَلَا يُفِيدُ وَإِنْ اخْتَارَ تَضْمِينَ الْآخَرِ يَرْجِعُ على الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ غَرَّهُ في هذا الْعَقْدِ فَيَرْجِعُ عليه بِضَمَانِ الْغُرُورِ وهو ضَمَانُ السَّلَامَةِ
هذا إذَا لم يَقُلْ له اعْمَلْ فيه بِرَأْيِك فَأَمَّا إذَا قال وَشَرَطَ النِّصْفَ فَدَفَعَهُ إلَى رَجُلٍ آخَرَ بِثُلُثِ

(6/187)

الْخَارِجِ فَهُوَ جَائِزٌ لِمَا ذَكَرْنَا وما خَرَجَ من الثَّمَرِ فَنِصْفُهُ لِرَبِّ النَّخْلِ وَالسُّدُسُ لِلْعَامِلِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ شَرْطَ الثُّلُثِ يَرْجِعُ إلَى نَصِيبِهِ خَاصَّةً لِأَنَّ الْعَمَلَ وَاجِبٌ عليه فَبَقِيَ له السُّدُسُ ضَرُورَةً
وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في الْأَصْلِ أَنَّهُ إذَا لم يَقُلْ له اعْمَلْ فيه بِرَأْيِك وَشَرَطَ له شيئا مَعْلُومًا وَشَرَطَ الْأَوَّلُ لِلثَّانِي مِثْلَ ذلك فَهُمَا فَاسِدَانِ وَلَا ضَمَانَ على الْعَامِلِ الْأَوَّلِ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْمُعَامَلَةِ الْفَاسِدَةِ فَأَنْوَاعٌ ذَكَرْنَاهَا في الْمُزَارَعَةِ منها أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ الْعَامِلُ على الْعَمَلِ لِأَنَّ الْجَبْرَ على الْعَمَلِ بِحُكْمِ الْعَقْدِ ولم يَصِحَّ وَمِنْهَا أَنَّ الْخَارِجَ كُلَّهُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْخَارِجِ لِكَوْنِهِ نَمَاءَ مِلْكِهِ وَاسْتِحْقَاقَ الْعَامِلِ بِالشَّرْطِ ولم يَصِحَّ فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الْمِلْكِ وَلَا يَتَصَدَّقُ بِشَيْءٍ منه لِأَنَّهُ حَصَلَ عن خَالِصِ مِلْكِهِ
وَمِنْهَا أَنَّ أَجْرَ الْمِثْلِ لَا يَجِبُ في الْمُعَامَلَةِ الْفَاسِدَةِ ما لم يُوجَدْ الْعَمَلُ لِمَا ذَكَرْنَا في الْمُزَارَعَةِ
وَمِنْهَا أَنَّ وُجُوبَ أَجْرِ الْمِثْلِ فيها لَا يَقِفُ على الْخَارِجِ بَلْ يَجِبُ وَإِنْ لم يُخْرِجْ الشَّجَرُ شيئا بِخِلَافِ الْمُعَامَلَةِ الصَّحِيحَةِ وقد ذَكَرْنَا الْفَرْقَ في كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ
وَمِنْهَا أَنَّ أَجْرَ الْمِثْلِ فيها يَجِبُ مُقَدَّرًا بِالْمُسَمَّى لَا يَتَجَاوَزُ عنه عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجِبُ تَامًّا وَهَذَا الِاخْتِلَافُ فِيمَا إذَا كانت حِصَّةُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَمَّاةً في الْعَقْدِ فَإِنْ لم تَكُنْ مُسَمَّاةً في الْعَقْدِ يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ تَامًّا بِلَا خِلَافٍ وقد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ في كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ

فَصْلٌ وَأَمَّا الْمَعَانِي التي هِيَ عُذْرٌ في فَسْخِهَا فما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ وَمِنْ الْأَعْذَارِ التي في جَانِبِ الْعَامِلِ أَنْ يَكُونَ سَارِقًا مَعْرُوفًا بِالسَّرِقَةِ فَيُخَافُ الثَّمَرَ وَالسَّعَفَ
فَصْلٌ وَأَمَّا الذي يَنْفَسِخُ بِهِ عَقْدُ الْمُعَامَلَةِ فَأَنْوَاعٌ منها صَرِيحُ الْفَسْخِ وَمِنْهَا الْإِقَالَةُ وَمِنْهَا انْقِضَاءُ الْمُدَّةِ وَمِنْهَا مَوْتُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وقد مَرَّ في كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ
فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ الْمُعَامَلَةِ الْمُنْفَسِخَةِ فَعَلَى نَحْوِ حُكْمِ الْمُزَارَعَةِ الْمُنْفَسِخَةِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
كِتَابُ الشِّرْبِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ مَعْنَى الشِّرْبِ لُغَةً وَشَرْعًا وفي بَيَانِ أَنْوَاعِ الْمِيَاهِ وفي بَيَانِ حُكْمِ كل نَوْعٍ منها
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالشِّرْبُ في اللُّغَةِ عِبَارَةٌ عن الْحَظِّ وَالنَّصِيبِ من الْمَاءِ قال اللَّهُ عز شَأْنُهُ { قال هذه نَاقَةٌ لها شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ } وفي الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ دَلَالَةٌ على جَوَازِ قِسْمَةِ الشِّرْبِ بِالْأَيَّامِ لِأَنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى عز اسْمُهُ أَخْبَرَ عن نَبِيِّهِ سَيِّدِنَا صَالِحٍ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قبل ذلك ولم يَعْقُبْهُ بِالْفَسْخِ فَصَارَتْ شَرِيعَةً لنا مُبْتَدَأَةً وَبِهَا اسْتَدَلَّ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ في كِتَابِ الشِّرْبِ لِجَوَازِ قِسْمَةِ الشِّرْبِ بِالْأَيَّامِ وفي عُرْفِ الشَّرْعِ عِبَارَةٌ عن حَقِّ الشِّرْبِ وَالسَّقْيِ
وَأَمَّا بَيَانُ أَنْوَاعِ الْمِيَاهِ فَنَقُولُ الْمِيَاهُ أَرْبَعَةُ أَنْوَاعٍ الْأَوَّلُ الْمَاءُ الذي يَكُونُ في الْأَوَانِي وَالظُّرُوفِ وَالثَّانِي الْمَاءُ الذي يَكُونُ في الْآبَارِ وَالْحِيَاضِ وَالْعُيُونِ وَالثَّالِثُ مَاءُ الْأَنْهَارِ الصِّغَارِ التي تَكُونُ لِأَقْوَامٍ مَخْصُوصِينَ وَالرَّابِعُ مَاءُ الْأَنْهَارِ الْعِظَامِ كَجَيْحُونَ وَسَيَحُونَ وَدِجْلَةَ وَالْفُرَاتِ وَنَحْوِهَا
أَمَّا بَيَانُ حُكْمِ كل نَوْعٍ منها على الْقِسْمَةِ أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِهِ لَا حَقَّ لِأَحَدٍ فيه لِأَنَّ الْمَاءَ وَإِنْ كان مُبَاحًا في الْأَصْلِ لَكِنَّ الْمُبَاحَ يُمْلَكُ بِالِاسْتِيلَاءِ إذَا لم يَكُنْ مَمْلُوكًا لِغَيْرِهِ كما إذَا اسْتَوْلَى على الْحَطَبِ وَالْحَشِيشِ وَالصَّيْدِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ كما يَجُوزُ بَيْعُ هذه الْأَشْيَاءِ وَكَذَا السقاؤون (((السقاءون))) يَبِيعُونَ الْمِيَاهَ الْمَحْرُوزَةَ في الظُّرُوفِ بِهِ جَرَتْ الْعَادَةُ في الْأَمْصَارِ وفي سَائِرِ الْأَعْصَارِ من غَيْرِ نَكِيرٍ فلم يَحِلَّ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ منه فَيَشْرَبَ من غَيْرِ إذْنِهِ وَلَوْ خَافَ الْهَلَاكَ على نَفْسِهِ من الْعَطَشِ فَسَأَلَهُ فَمَنَعَهُ فَإِنْ لم يَكُنْ عِنْدَهُ فَضْلٌ فَلَيْسَ له أَنْ يُقَاتِلَهُ أَصْلًا لِأَنَّ هذا دَفَعَ الْهَلَاكَ عن نَفْسِهِ بِإِهْلَاكِ غَيْرِهِ لَا بِقَصْدِ إهْلَاكِهِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وَإِنْ كان عِنْدَهُ فَضْلُ مَاءٍ عن حَاجَتِهِ فَلِلْمَمْنُوعِ أَنْ يُقَاتِلَهُ لِيَأْخُذَ منه الْفَضْلَ لَكِنْ بِمَا دُونَ السِّلَاحِ كما إذَا أَصَابَتْهُ مَخْمَصَةٌ وَعِنْدَ صَاحِبِهِ فَضْلُ طَعَامٍ فَسَأَلَهُ فَمَنَعَهُ وهو لَا يَجِدُ غَيْرَهُ
وَأَمَّا الثَّانِي الْمَاءُ الذي يَكُونُ في الْحِيَاضِ وَالْآبَارِ وَالْعُيُونِ فَلَيْسَ بِمَمْلُوكٍ لصاحبه (((لصاحب))) بَلْ هو مُبَاحٌ في نَفْسِهِ سَوَاءٌ كان في أَرْضٍ مُبَاحَةٍ أو مَمْلُوكَةٍ لَكِنْ له حَقٌّ خَاصٌّ فيه لِأَنَّ الْمَاءَ في الْأَصْلِ خُلِقَ مُبَاحًا لِقَوْلِ النبي عليه

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الناس شُرَكَاءُ في ثَلَاثٍ الْمَاءِ وَالْكَلَإِ وَالنَّارِ وَالشَّرِكَةُ الْعَامَّةُ تَقْتَضِي الْإِبَاحَةَ إلَّا أَنَّهُ إذَا جُعِلَ في إنَاءٍ وَأَحْرَزَهُ بِهِ فَقَدْ اسْتَوْلَى عليه وهو غَيْرُ

مَمْلُوكٍ لِأَحَدٍ فَيَصِيرُ مَمْلُوكًا لِلْمُسْتَوْلِي كما في سَائِرِ الْمُبَاحَاتِ الْغَيْرِ الْمَمْلُوكَةِ وإذا لم يُوجَدْ ذلك بَقِيَ على أَصْلِ الْإِبَاحَةِ الثَّابِتَةِ بِالشَّرْعِ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَنَّ مَحَلَّ الْبَيْعِ هو الْمَالُ الْمَمْلُوكُ وَلَيْسَ له أَنْ يَمْنَعَ الناس من الشَّفَةِ وهو الشُّرْبُ بِأَنْفُسِهِمْ وَسَقْيِ دَوَابِّهِمْ منه لِأَنَّهُ مُبَاحٌ لهم وقد رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم نهى عن مَنْعِ نَبْعِ الْبِئْرِ وهو فَضْلُ مَائِهَا الذي يَخْرُجُ منها فَلَهُمْ أَنْ يَسْقُوا منها لِشِفَاهِهِمْ وَدَوَابِّهِمْ فَأَمَّا لِزُرُوعِهِمْ وَأَشْجَارِهِمْ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ ذلك لِمَا في الْإِطْلَاقِ من إبْطَالِ حَقِّهِ أَصْلًا إلَّا إذَا كان ذلك في أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ فَلِصَاحِبِهَا أَنْ يَمْنَعَهُمْ عن الدُّخُولِ في أَرْضِهِ إذَا لم يُضْطَرُّوا إلَيْهِ بِأَنْ وَجَدُوا غَيْرَهُ لِأَنَّ الدُّخُولَ إضْرَارٌ بِهِ من غَيْرِ ضَرُورَةٍ فَلَهُ أَنْ يَدْفَعَ الضَّرَرَ عن نَفْسِهِ وَإِنْ لم يَجِدُوا غَيْرَهُ وَاضْطُرُّوا وَخَافُوا الْهَلَاكَ يُقَالُ له إمَّا أَنْ تَأْذَنَ بِالدُّخُولِ وَإِمَّا أَنْ تُعْطِيَ بِنَفْسِك فَإِنْ لم يُعْطِهِمْ وَمَنَعَهُمْ من الدُّخُولِ لهم أَنْ يُقَاتِلُوهُ بِالسِّلَاحِ لِيَأْخُذُوا قَدْرَ ما يَنْدَفِعُ بِهِ الْهَلَاكُ عَنْهُمْ وَالْأَصْلُ فيه ما رُوِيَ أَنَّ قَوْمًا وَرَدُوا مَاءً فَسَأَلُوا أَهْلَهُ أَنْ يَدُلُّوهُمْ على الْبِئْرِ فَأَبَوْا وَسَأَلُوهُمْ أَنْ يُعْطُوهُمْ دَلْوًا فَأَبَوْا فَقَالُوا لهم إنَّ أَعْنَاقَنَا وَأَعْنَاقَ مَطَايَانَا كَادَتْ تُقْطَعُ فَأَبَوْا فَذَكَرُوا ذلك لِسَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه فقال هَلَّا وَضَعْتُمْ فِيهِمْ السِّلَاحَ بِخِلَافِ الْمَاءِ الْمُحْرَزِ في الْأَوَانِي وَالطَّعَامِ حَالَةَ الْمَخْمَصَةِ لِأَنَّ الْمَاءَ هُنَاكَ مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِهِ وَكَذَا الطَّعَامُ فَلَا بُدَّ من مُرَاعَاةِ حُرْمَةِ الْمِلْكِ لِحُرْمَةِ الْقِتَالِ بِالسِّلَاحِ وَلَا مِلْكَ هُنَاكَ بَلْ هو على الْإِبَاحَةِ الْأَصْلِيَّةِ على ما بَيَّنَّا فإذا مَنَعَهُ أَحَدٌ ماله حَقُّ أَخْذِهِ قَاتَلَهُ بِالسِّلَاحِ كما إذَا مَنَعَهُ مَالَهُ الْمَمْلُوكَ

وَأَمَّا الثَّالِثُ الْمَاءُ الذي يَكُونُ في الْأَنْهَارِ التي تَكُونُ لِأَقْوَامٍ مَخْصُوصِينَ فَيَتَعَلَّقُ بِهِ أَحْكَامٌ بَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْمَاءِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى الشِّرْبِ وَبَعْضُهَا يَرْجِعُ إلَى النَّهْرِ

أَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى نَفْسِ الْمَاءِ فَهُوَ أَنَّهُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِأَحَدٍ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمَاءَ خُلِقَ مُبَاحَ الْأَصْلِ بِالنَّصِّ وَإِنَّمَا يَأْخُذُ حُكْمَ الْمِلْكِ بِالْإِحْرَازِ بِالْأَوَانِي فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِعَدَمِ الْمِلْكِ

وَلَوْ قال اسْقِنِي يَوْمًا من نَهْرِك على أَنْ أَسْقِيَك يَوْمًا من نَهْرِ كَذَا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ هذا مُبَادَلَةُ الْمَاءِ بِالْمَاءِ فَيَكُونُ بَيْعًا أو إجَارَةَ الشِّرْبِ بِالشِّرْبِ وَكُلُّ ذلك لَا يَجُوزُ وَلَا تَجُوزُ إجَارَتُهُ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ لَا تَمْلِيكُ الْعَيْنِ بِمَنَافِعِهَا لَيْسَتْ بِمَمْلُوكَةٍ

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ حَوْضًا أو بِئْرًا لِيَسْقِيَ منه مَاءً لَا يَجُوزُ لِأَنَّ هذا اسْتِئْجَارُ الْمَاءِ وَكَذَا لو اسْتَأْجَرَ النَّهْرَ لِيَصِيدَ منه السَّمَكَ لِأَنَّ هذا اسْتِئْجَارُ السَّمَكِ

وَكَذَا لو اسْتَأْجَرَ أَجَمَةً لِيَحْتَطِبَ لِأَنَّ هذا اسْتِئْجَارُ الحطب (((لحطب)))

وَالْأَعْيَانُ لَا تَحْتَمِلُ الْإِجَارَةَ وَلَيْسَ لِصَاحِبِ النَّهْرِ أَنْ يَمْنَعَ من الشَّفَةِ وهو شُرْبُ الناس وَالدَّوَابِّ وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ من سَقْيِ الزَّرْعِ وَالْأَشْجَارِ لِأَنَّ له فيه حَقًّا خَاصًّا وفي إطْلَاقِ السَّقْيِ إبْطَالُ حَقِّهِ لِأَنَّ كُلَّ أحد يَتَبَادَرُ إلَيْهِ فَيَسْقِي منه زَرْعَهُ وَأَشْجَارَهُ فَيَبْطُلُ حَقُّهُ أَصْلًا

وَلَوْ أَذِنَ بِالسَّقْيِ وَالنَّهْرُ خَاصٌّ له جَازَ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ حَقَّ نَفْسِهِ

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى الشِّرْبِ فَهُوَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مُنْفَرِدًا بِأَنْ بَاعَ شِرْبَ يَوْمٍ أو أَكْثَرَ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عن حَقِّ الشِّرْبِ وَالسَّقْيِ وَالْحُقُوقُ لَا تَحْتَمِلُ الْإِفْرَادَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ

وَلَوْ اشْتَرَى بِهِ دَارًا وَعَبْدًا وَقَبَضَهُمَا لَزِمَهُ رَدُّ الدَّارِ وَالْعَبْدِ لِأَنَّهُ مَقْبُوضٌ بِحُكْمِ عَقْدٍ فَاسِدٍ فَكَانَ وَاجِبَ الرَّدِّ كما في سَائِرِ الْبِيَاعَاتِ الْفَاسِدَةِ وَلَا شَيْءَ على الْبَائِعِ بِمَا انْتَفَعَ بِهِ من الشِّرْبِ

وَلَوْ بَاعَ الْأَرْضَ مع الشِّرْبِ جَازَ تَبَعًا لِلْأَرْضِ وَيَجُوزُ أَنْ يحمل (((يجعل)))

الشَّيْءَ تَبَعًا لِغَيْرِهِ وَإِنْ كان لَا يَجْعَلُهُ مَقْصُودًا بِنَفْسِهِ كَأَطْرَافِ الْحَيَوَانِ وَلَا يَدْخُلُ الشِّرْبُ في بَيْعِ الْأَرْضِ إلَّا بِالتَّسْمِيَةِ صَرِيحًا أو بِذِكْرِ ما يَدُلُّ عليه بِأَنْ يَقُولَ بِعْتُهَا بِحُقُوقِهَا أو بِمَرَافِقِهَا أو كُلَّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هو لها دَاخِلٌ فيها وَخَارِجٌ عنها من حُقُوقِهَا فَإِنْ لم يذكر شيئا من ذلك لَا يَدْخُلُ لِأَنَّ اسْمَ الْأَرْضِ بِصِيغَتِهِ وَحُرُوفِهِ لَا يَدُلُّ على الشِّرْبِ وَلَا تَجُوزُ إجَارَتُهُ مُفْرَدًا لِأَنَّ الْحُقُوقَ لَا تَحْتَمِلُ الْإِجَارَةَ على الِانْفِرَادِ كما لَا تَحْتَمِلُ الْبَيْعَ وَكَذَا لو جَعَلَهُ أُجْرَةً في إجَارَةِ الدَّارِ وَالْعَبْدِ وَنَحْوِ ذلك لَا يَجُوزُ
لِأَنَّ الْأُجْرَةَ في بَابِ الْإِجَارَةِ كَالثَّمَنِ في بَابِ الْبَيْعِ وأنه لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا في الْبِيَاعَاتِ فَلَا يَصْلُحُ أُجْرَةً في الْإِجَارَاتِ وَلَوْ انْتَفَعَ بِالدَّارِ وَالْعَبْدِ لَزِمَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنْفَعَةَ الْمَعْقُودِ عليه عَقْدًا فَاسِدًا فَيَلْزَمُهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ كما في سَائِرِ الْإِجَارَاتِ الْفَاسِدَةِ
وَلَوْ اسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ مع الشِّرْبِ جَازَ تَبَعًا لِلْأَرْضِ كما في الْبَيْعِ على ما ذَكَرْنَا وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ولم يذكر الشِّرْبَ وَالْمَسِيلَ أَصْلًا فَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ الشِّرْبُ وَالْمَسِيلُ في الْبَيْعِ وفي الِاسْتِحْسَانِ كَانَا له ويدخلان (((ويدخلا))) تَحْتَ

(6/189)

إجَارَةِ الْأَرْضِ من غَيْرِ تَسْمِيَةٍ نَصًّا لِوُجُودِهَا دَلَالَةً لِأَنَّ الْإِجَارَةَ تَمْلِيكُ الْمَنْفَعَةِ بِعِوَضٍ وَلَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِالْأَرْضِ بِدُونِ الشِّرْبِ فَيَصِيرُ الشِّرْبُ مَذْكُورًا بِذِكْرِ الْأَرْضِ دَلَالَةً بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ تَمْلِيكُ الْعَيْنِ وَالْعَيْنُ تَحْتَمِلُ الْمِلْكَ بِدُونِهِ وَلَا تَجُوزُ هِبَتُهُ وَالتَّصَدُّقُ بِهِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمْلِيكٌ وَالْحُقُوقُ الْمُفْرَدَةُ لَا تَحْتَمِلُ التَّمْلِيكَ وَلَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عليه بِأَنْ صَالَحَ من دَعْوَى على شِرْبٍ سَوَاءٌ كان دَعْوَى الْمَالِ أو الْحَقِّ من الْقِصَاصِ في النَّفْسِ وما دُونَهُ لِأَنَّ الصُّلْحَ في مَعْنَى الْبَيْعِ إلَّا أَنَّهُ يُسْقِطُ الْقِصَاصَ وَيَكُونُ الصُّلْحُ كَأَنَّهُ على الْعَفْوِ لِمَا ذَكَرْنَا في كِتَابِ الصُّلْحِ وَلِأَنَّ صُورَةَ الصُّلْحِ أَوْرَثَتْ شُبْهَةً وَالْقِصَاصُ لَا يُسْتَوْفَى مع الشُّبُهَاتِ وَتَجِبُ على الْقَاتِلِ وَالْجَارِحِ الدِّيَةُ وَأَرْشُ الْجِنَايَةِ وَلَا تَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ في بَابِ النِّكَاحِ بِأَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عليه وَعَلَى الزَّوْجِ مَهْرُ الْمِثْلِ لِأَنَّ النِّكَاحَ تَصَرُّفُ تَمْلِيكٍ وَأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ التَّمْلِيكَ وإذا لم تَصِحَّ التَّسْمِيَةُ يَجِبُ الْعِوَضُ الْأَصْلِيُّ وهو مَهْرُ الْمِثْلِ وَلَا تَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ في الْخُلْعِ بِأَنْ اخْتَلَعَتْ الْمَرْأَةُ من نَفْسِهَا عليه وَعَلَيْهَا رَدُّ الْمَأْخُوذِ من الْمَهْرِ لِأَنَّ تَسْمِيَتَهُ في مَعْرِضِ التَّمْلِيكِ إنْ لم يَصِحَّ فَهُوَ مَالٌ لِكَوْنِهِ مَرْغُوبًا فيه فَمِنْ حَيْثُ أنه لم يَحْتَمِلْ التَّمْلِيكَ لم يَصْلُحْ بَدَلَ الْخُلْعِ وَمِنْ حَيْثُ هو مَالٌ مَرْغُوبٌ فيه في نَفْسِهِ لم يَبْطُلْ ذلك أَصْلًا فَيَظْهَرُ في وُجُوبِ رَدِّ الْمَأْخُوذِ
وَهَذَا أَصْلِيٌّ في بَابِ الْخُلْعِ مَحْفُوظٌ أَنَّهُ شَيْءٌ تَعَذَّرَ تَسْلِيمُ الْبَدَلِ الْمَذْكُورِ وهو مَالٌ مَرْغُوبٌ في نَفْسِهِ يَجِبُ عليها رَدُّ الْمَأْخُوذِ من الْمَهْرِ وَمُوَرَّثِهِ لِأَنَّ الْإِرْثَ لَا يَقِفُ على الْمِلْكِ لَا مَحَالَةَ بَلْ يَثْبُتُ في حَقِّ الْمَالِ كما يَثْبُتُ في الْمِلْكِ كَخِيَارِ الْعَيْبِ وَنَحْوِ ذلك
وَيُوصِي بِهِ حتى لو أَوْصَى لِرَجُلٍ أَنْ يَسْقِيَ أَرْضَهُ مُدَّةً مَعْلُومَةً من شِرْبِهِ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ وَتُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَإِنْ كان تَمْلِيكًا لَكِنَّهَا تَمْلِيكٌ بَعْدَ الْمَوْتِ

أَلَا تَرَى أَنَّ الموصي له لَا يَمْلِكُ الْمُوصَى بِهِ في الْحَالِ وَإِنَّمَا يَمْلِكُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَأَشْبَهَ الْمِيرَاثَ فإذا احْتَمَلَ الْإِرْثَ احْتَمَلَ الْوَصِيَّةَ التي هِيَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ وإذا مَاتَ الْمُوصَى له تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ حتى لَا تَصِيرَ مِيرَاثًا لِوَرَثَةِ الْمُوصَى له لِأَنَّ الشِّرْبَ ليس بِعَيْنِ مَالٍ بَلْ هو حَقٌّ مَالِيٌّ وَشِبْهُ الْخِدْمَةِ ثُمَّ الْوَصِيَّةُ بِالْخِدْمَةِ تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُوصَى له وَلَا تَصِيرُ مِيرَاثًا فَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ بِالشِّرْبِ وَلَوْ أَوْصَى أَنْ يُتَصَدَّقَ بِالشِّرْبِ على الْمَسَاكِينِ لم يَصِحَّ لِأَنَّهُ لَمَّا لم يَحْتَمِلْ التَّمْلِيكَ بِالتَّصَدُّقِ اسْتَوَى فيه الْحَالُ وَالْإِضَافَةُ إلَى ما بَعْدَ الْمَوْتِ بِالْوَصِيَّةِ ويسقى كُلُّ وَاحِدٍ من الشُّرَكَاءِ على قَدْرِ شِرْبِهِ

وَلَوْ اخْتَلَفَا في قَدْرِ الشِّرْبِ وَلَا بَيِّنَةَ لِأَحَدِهِمْ تُحَكَّمُ الْأَرَاضِي فَيَكُونُ الشِّرْبُ بَيْنَهُمْ على قَدْرِ أَرَاضِيهِمْ وَلَا يُعْتَبَرُ عَدَدُ الرؤوس بِخِلَافِ الْجَمَاعَةِ إذَا اخْتَلَفُوا في طَرِيقٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمْ أَنَّهُ لَا تُحَكَّمُ فيه بُقْعَةُ الدَّارِ بَلْ يُعْتَبَرُ فيه عَدَدُ الرؤوس وَإِنَّمَا كان كَذَلِكَ لِاخْتِلَافِ الْمَقْصُودِ إذْ الْمَقْصُودُ من الشِّرْبِ السَّقْيُ وَالسَّقْيُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَرَاضِي وَالْمَقْصُودُ من الطَّرِيقِ هو الْمُرُورُ وأنه لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الدُّورِ

وَلَوْ كان الْأَعْلَى منهم لَا يَشْرَبُ ما لم يَسْكُرْ النَّهْرَ عن الْأَسْفَلِ بِأَنْ كانت أَرْضُهُ رَبْوَةً لم يَكُنْ له ذلك وَلَكِنْ يَشْرَبُ بِحِصَّتِهِ لِأَنَّ في سَكْرِ النَّهْرِ حتى يَشْرَبَ الْأَعْلَى مَنْعَ الْأَسْفَلِ من الشِّرْبِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ إلَّا إذَا تَرَاضَيَا على أَنْ يَسْكُرَ كُلٌّ في نَوْبَتِهِ فَيَجُوزُ

وَلَوْ أَرَادَ أَحَدُ الشُّرَكَاءِ أَنْ يَنْصِبَ على النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ رَحًى أو دَالِيَةً أو سَانِيَةً نُظِرَ فيه فَإِنْ كان لَا يَضُرُّ بِالشِّرْبِ وَالنَّهْرِ وكان مَوْضِعُ الْبِنَاءِ أَرْضَ صَاحِبِهِ وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّ رَقَبَةَ النَّهْرِ وَمَوْضِعَ الْبِنَاءِ مِلْكٌ بين الْجَمَاعَةِ على الشَّرِكَةِ وَحَقُّ الْكُلِّ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَاءِ وَلَا سَبِيلَ إلَى التَّصَرُّفِ في الْمِلْكِ الْمُشْتَرَكِ وَالْحَقِّ الْمُشْتَرَكِ إلَّا بِرِضَا الشُّرَكَاءِ

وَأَمَّا الذي يَرْجِعُ إلَى النَّهْرِ فَالْأَصْلُ فيه أَنَّ النَّهْرَ الْخَاصَّ لِجَمَاعَةٍ لَا يَمْلِكُ أَحَدُهُمْ التَّصَرُّفَ فيه من غَيْرِ رِضَا الْبَاقِينَ سَوَاءٌ أَضَرَّ بِهِمْ التَّصَرُّفُ أو لَا لِأَنَّ رَقَبَةَ النَّهْرِ مَمْلُوكَةٌ لهم وَحُرْمَةَ التَّصَرُّفِ في الْمَمْلُوكِ لَا تَقِفُ على الْإِضْرَارِ بِالْمَالِكِ حتى لو أَرَادَ وَاحِدٌ من الشُّرَكَاءِ أَنْ يَحْفِرَ نَهْرًا صَغِيرًا من النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ فَيَسُوقُ الْمَاءَ إلَى أَرْضٍ أَحْيَاهَا ليس لها منه شِرْبٌ ليس له ذلك إلَّا بِرِضَاهُمْ لِأَنَّ الْحَفْرَ تَصَرُّفٌ في مَحَلٍّ مَمْلُوكٍ على الشَّرِكَةِ من غَيْرِ رِضَاهُمْ فَيُمْنَعُ عنه

وَكَذَلِكَ لو كان هذا النَّهْرُ يَأْخُذُ الْمَاءَ من النَّهْرِ الْعَظِيمِ فَأَرَادَ وَاحِدٌ أَنْ يَزِيدَ فيها كُوَّةً من غَيْرِ رِضَا الشُّرَكَاءِ ليس له ذلك وَإِنْ كان ذلك لَا يَضُرُّهُمْ لِأَنَّ ذلك تَصَرُّفُهُمْ في النَّهْرِ بِإِجْرَاءِ زِيَادَةِ مَاءٍ فيه من غَيْرِ رِضَاهُمْ فَيُمْنَعَ عنه

وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَنْصِبَ عليه رَحًى فَإِنْ كان مَوْضِعُ الْبِنَاءِ مَمْلُوكًا له وَالْمَاءُ يُدِيرُ الرَّحَى على سَنَنِهِ له ذلك وَإِنْ كان مَوْضِعُ الْبِنَاءِ مُشْتَرَكًا أو تَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى تَعْرِيجِ الْمَاءِ ثُمَّ الْإِعَادَةِ ليس له ذلك لِمَا فيه من الضَّرَرِ بِالشُّرَكَاءِ بِتَأْخِيرِ

وُصُولِ حَقِّهِمْ إلَيْهِمْ بِالتَّعْرِيجِ كما إذَا حَفَرَ نَهْرًا في أَرْضِهِ وَأَرَادَ أَنْ يُعَرِّجَ الْمَاءَ إلَيْهِ ثُمَّ يُعِيدَهُ إلَى النَّهْرِ وَكَذَلِكَ لو أَرَادَ أَحَدُهُمْ أَنْ يَنْصِبَ دَالِيَةً أو سَانِيَةً فَهُوَ

على هذا التَّفْصِيلِ وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَضَعَ قَنْطَرَةً على هذا النَّهْرِ من غَيْرِ رِضَاهُمْ لِأَنَّ الْقَنْطَرَةَ تَصَرُّفٌ في حَافَّتَيْ النَّهْرِ وفي هَوَاهُ وَكُلُّ ذلك مُشْتَرَكٌ
وَلَوْ كان النَّهْرُ بين شَرِيكَيْنِ له خَمْسُ كُوًى من النَّهْرِ الْأَعْظَمِ وَلِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَرْضٌ في أَعْلَى النَّهْرِ وَلِلْآخَرِ أَرْضٌ في أَسْفَلِهِ فَأَرَادَ صَاحِبُ الْأَعْلَى أَنْ يَسُدَّ شيئا من تِلْكَ الْكُوَى لِمَا يُدْخِلُ من الضَّرَرِ في أَرْضِهِ ليس له ذلك إلَّا بِرِضَا شَرِيكِهِ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِهِ شَرِيكُهُ فَلَا يَجُوزُ له دَفْعُ الضَّرَرِ عن نَفْسِهِ بِإِضْرَارِ غَيْرِهِ وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَتَهَايَآ حتى يَسُدَّ في حِصَّتِهِ ما شَاءَ لم يَكُنْ له ذلك إلَّا بِرِضَا الشَّرِيكِ لِمَا قُلْنَا وَإِنْ تَرَاضَيَا على ذلك زَمَانًا ثُمَّ بَدَا لِصَاحِبِ الْأَسْفَلِ أَنْ يَنْقُضَ فَلَهُ ذلك لِأَنَّ الْمُرَاضَاةَ على ما لَا يَحْتَمِلُ التَّمْلِيكَ تَكُونُ مُهَايَأَةً وأنها غَيْرُ لَازِمَةٍ

وَلَوْ كان النَّهْرُ بين رَجُلَيْنِ له كُوًى فَأَضَافَ رَجُلٌ أَجْنَبِيٌّ إلَيْهَا كُوَّةً وَحَفَرَ نَهْرًا منه إلَى أَرْضِهِ بِرِضًا مِنْهُمَا وَمَضَى على ذلك زَمَانٌ ثُمَّ بَدَا لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْقُضَ فَلَهُ ذلك لِأَنَّ الْعَارِيَّةَ لَا تَكُونُ لَازِمَةً وَكَذَلِكَ لو مَاتَ لِوَرَثَتِهِمَا أَنْ يَنْقُضُوا ذلك لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ كان نَهْرٌ بين جَمَاعَةٍ يَأْخُذُ الْمَاءَ من النَّهْرِ الْأَعْظَمِ وَلِكُلِّ رَجُلٍ نَهْرٌ من هذا النَّهْرِ فَمِنْهُمْ من له كُوَّتَانِ وَمِنْهُمْ من له ثَلَاثُ كُوًى فقال صَاحِبُ الْأَسْفَلِ لِصَاحِبِ الْأَعْلَى إنَّكُمْ تَأْخُذُونَ أَكْثَرَ من نَصِيبِكُمْ لِأَنَّ دَفْعَةَ الْمَاءِ وَكَثْرَتَهُ في أَوَّلِ النَّهْرِ وَلَا يَأْتِينَا إلَّا وهو قَلِيلٌ فَأَرَادُوا الْمُهَايَأَةَ أَيَّامًا مَعْلُومَةً فَلَيْسَ لهم ذلك وَيُتْرَكُ الْمَاءُ وَالنَّهْرُ على حَالِهِ لِأَنَّ مِلْكَهُمْ في رَقَبَةِ النَّهْرِ لَا في نَفْسِ الْمَاءِ
وَلَوْ أَرَادَ وَاحِدٌ منهم أَنْ يُوَسِّعَ كُوَّةَ نَهْرِهِ لم يَكُنْ له ذلك لِأَنَّهُ يُدْخِلُ فيها الْمَاءَ زَائِدًا على حَقِّهِ فَلَا يَمْلِكُ ذلك وَلَوْ حَفَرَ في أَسْفَلِ النَّهْرِ جَازَ وَلَوْ زَادَ في عَرْضِهِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّ الْكُوَى من حُقُوقِ النَّهْرِ فَيَمْلِكُهُ بِمِلْكِ النَّهْرِ بِخِلَافِ الزِّيَادَةِ في الْعَرْضِ
وَلَوْ كان نَهْرٌ يَأْخُذُ الْمَاءَ من النَّهْرِ الْأَعْظَمِ بين قَوْمٍ فَخَافُوا أَنْ يَنْبَثِقَ فَأَرَادُوا أَنْ يُحَصِّنُوهُ فَامْتَنَعَ بَعْضُهُمْ عن ذلك فَإِنْ كان ضَرَرًا عَامًّا يُجْبَرُونَ على أَنْ يُحَصِّنُوهُ بِالْحِصَصِ وَإِنْ لم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ عَامٌّ لَا يُجْبَرُونَ عليه لِأَنَّ الِانْتِفَاعَ مُتَعَذَّرٌ عِنْدَ عُمُومِ الضَّرَرِ فَكَانَ الْجَبْرُ على التَّحْصِيصِ من بَابِ دَفْعِ الضَّرَرِ عن الْجَمَاعَةِ فَجَازَ وإذا لم يَكُنْ الضَّرَرُ عَامًّا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِالنَّهْرِ فَكَانَ الْجَبْرُ بِالتَّحْصِيصِ جَبْرًا عليه لِزِيَادَةِ الِانْتِفَاعِ بِالنَّهْرِ وَهَذَا لَا يَجُوزُ
وَلَوْ كان نَهْرٌ لِرَجُلٍ مُلَاصِقٌ لِأَرْضِ رَجُلٍ فَاخْتَلَفَ صَاحِبُ الْأَرْضِ وَالنَّهْرِ في مُسَنَّاةٍ فَالْمُسَنَّاةُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ له أَنْ يَغْرِسَ فيها طِينَهُ وَلَكِنْ ليس له أَنْ يَهْدِمَهَا
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ الْمُسَنَّاةُ لِصَاحِبِ النَّهْرِ حَرِيمًا لِنَهْرِهِ وَلَهُ أَنْ يَغْرِسَ فيها وَيُلْقِيَ طِينَهُ وَيَجْتَازَ فيها وَإِنْ لم يَكُنْ مُلَاصِقًا بَلْ كان بين النَّهْرِ وَالْأَرْضِ حَائِلٌ من حَائِطٍ وَنَحْوِهِ كانت الْمُسَنَّاةُ لِصَاحِبِ النَّهْرِ بِالْإِجْمَاعِ وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا بَنَوْا هذا الِاخْتِلَافَ على أَنَّ النَّهْرَ هل له حَرِيمٌ أَمْ لَا بِأَنْ حَفَرَ رَجُلٌ نَهْرًا في أَرْضٍ مَوَاتٍ بِإِذْنِ الْإِمَامِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ لَا حَرِيمَ له وَعِنْدَهُمَا له حَرِيمٌ
وَوَجْهُ الْبِنَاءِ عليه أَنَّهُ لَمَّا لم يَكُنْ لِلنَّهْرِ حَرِيمٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ كان الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِصَاحِبِ الْأَرْضِ فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَلَمَّا كان له حَرِيمٌ عِنْدَهُمَا كان الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِصَاحِبِ النَّهْرِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَبَعْضُهُمْ لم يُصَحِّحُوا الْبِنَاءَ وَقَالُوا لَا خِلَافَ أَنَّ لِلنَّهْرِ حَرِيمًا في أَرْضِ الْمَوَاتِ لِأَنَّ لِلْبِئْرِ وللعين
(((والعين))) حَرِيمًا فيها بِالْإِجْمَاعِ وقد روي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ جَعَلَ لَهُمَا حَرِيمًا لِحَاجَتِهِمَا إلَى الْحَفْرِ لِتَعَذُّرِ الِانْتِفَاعِ بها بِدُونِ الْحَفْرِ لِأَنَّ حَاجَةَ النَّهْرِ إلَى الْحَرِيمِ كَحَاجَةِ الْبِئْرِ وَالْعَيْنِ بَلْ أَشَدَّ فَكَانَ جَعْلُ الشَّرْعِ لِلْبِئْرِ وَالْعَيْنِ

حَرِيمًا جَعْلًا لِلنَّهْرِ من طَرِيقِ الْأَوْلَى
دَلَّ أَنَّ الْبِنَاءَ على هذا الْأَصْلِ غَيْرُ صَحِيحٍ فَكَانَ هذا خِلَافًا مُبْتَدَأً
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ لَمَّا كان لِلنَّهْرِ حَرِيمٌ بِالِاتِّفَاقِ كان الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِصَاحِبِ النَّهْرِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِالظَّاهِرِ حتى يَقُومَ الدَّلِيلُ بِخِلَافِهِ وَلِهَذَا كان الْقَوْلُ قَوْلَ صَاحِبِ الْبِئْرِ وَالْعَيْنِ عِنْدَ الِاخْتِلَافِ كَذَا هذا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمُسَنَّاةَ إذَا كانت مُسْتَوِيَةً بِالْأَرْضِ فَالظَّاهِرُ أنها مِلْكُ صَاحِبِ الْأَرْضِ إذْ لو كانت حَرِيمًا لِلنَّهْرِ لَكَانَتْ مُرْتَفِعَةً لِكَوْنِهَا مَلْقَى طِينِهِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِصَاحِبِ الْأَرْضِ إلَّا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ هَدْمَهَا لِتَعَلُّقِ حَقِّ صَاحِبِ النَّهْرِ بها وفي الْهَدْمِ إبْطَالُهُ وَيَجُوزُ أَنْ يُمْنَعَ الْإِنْسَانُ من التَّصَرُّفِ في مِلْكِهِ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ كَحَائِطٍ لِإِنْسَانٍ عليه جُذُوعٌ لِغَيْرِهِ فَأَرَادَ هَدْمَ الْحَائِطِ يُمْنَعُ منه كَذَا هذا
ثُمَّ كَرْيُ النَّهْرِ الْمُشْتَرَكِ على أَصْحَابِ النَّهْرِ وَلَيْسَ على أَصْحَابِ الشَّفَةِ في الْكَرْيِ

شَيْءٌ لِأَنَّ هذا من حُقُوقِ الْمِلْكِ وَلَا مِلْكَ لِأَهْلِ الشَّفَةِ في رَقَبَةِ النَّهْرِ بَلْ لهم حَقُّ شُرْبِ الْمَاءِ وَالسَّقْيِ لِلدَّوَابِّ فَقَطْ
وَاخْتُلِفَ في كَيْفِيَّةِ الْكَرْيِ عليهم
قال أبو حَنِيفَةَ عليهم أَنْ يَكْرُوا من أَعْلَاهُ وإذا جَاوَزُوا أَرْضَ رَجُلٍ دَفَعَ عنه وكان الْكَرْيُ على من بَقِيَ
وقال أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ الْكَرْيُ عليهم جميعا من أَوَّلِهِ إلَى آخِرِهِ بِحِصَصِ الشِّرْبِ وَالْأَرَاضِي حتى إنَّ النَّهْرَ لو كان بين عَشَرَةِ أَنْفُسٍ أَرَاضِيهِمْ عليه لِأُخَّرَ كَرْيُ فُوَّهَةِ النَّهْرِ إلَى أَنْ يُجَاوِزَ شِرْبَ أَوَّلِهِمْ بَيْنَهُمْ على عَشَرَةِ أَسْهُمٍ على كل وَاحِدٍ منهم الْعُشْرُ فإذا جَاوَزُوا شِرْبَ الْأَوَّلِ سَقَطَ عنه الْكَرْيُ وكان على الْبَاقِينَ على تِسْعَةِ أَسْهُمٍ فإذا جَاوَزُوا شِرْبَ الثَّانِي سَقَطَ عنه الْكَرْيُ وكان على الْبَاقِينَ على ثَمَانِيَةِ أَسْهُمٍ هَكَذَا وَهَذَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَالْكَرْيُ بَيْنَهُمْ على عَشَرَةِ أَسْهُمٍ من أَعْلَى النَّهْرِ إلَى أَسْفَلِهِ
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الْكَرْيَ من حُقُوقِ الْمِلْكِ وَالْمِلْكَ في الْأَعْلَى مُشْتَرَكٌ بين الْكُلِّ من فُوَّهَةِ النَّهْرِ إلَى شِرْبِ أَوَّلِهِمْ فَكَانَتْ مُؤْنَتُهُ على الْكُلِّ فَأَمَّا بَعْدَهُ فَلَا مِلْكَ لِصَاحِبِ الْأَعْلَى فيه إنَّمَا له حَقٌّ وهو حَقُّ تَسْيِيلِ الْمَاءِ فيه فَكَانَتْ مُؤْنَتُهُ على صَاحِبِ الْمِلْكِ لَا على صَاحِبِ الْحَقِّ وَلِهَذَا كانت مُؤْنَةُ الْكَرْيِ على أَصْحَابِ النَّهْرِ وَلَا شَيْءَ على أَهْلِ الشَّفَةِ لِأَنَّ الْمِلْكَ لِأَصْحَابِ النَّهْرِ وَلِأَهْلِ الشَّفَةِ حَقُّ الشُّرْبِ وَسَقْيِ دَوَابِّهِمْ وَكَذَا كُلُّ من كان له مَيْلٌ على سَطْحٍ مَمْلُوكٍ لِغَيْرِهِ فَكَانَتْ غَرَامَتُهُ على صَاحِبِ السَّطْحِ لَا عليه لِمَا قُلْنَا
وَأَمَّا الْأَنْهَارُ الْعِظَامُ كَسَيْحُونَ وَدِجْلَةَ وَالْفُرَاتِ وَنَحْوِهَا فَلَا مِلْكَ لِأَحَدٍ فيها وَلَا في رَقَبَةِ النَّهْرِ وَكَذَا ليس لِأَحَدٍ حَقٌّ خَاصٌّ فيها وَلَا في الشِّرْبِ بَلْ هو حَقٌّ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَلِكُلٍّ أَحَدٍ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَذِهِ الْأَنْهَارِ بِالشَّفَةِ وَالسَّقْيِ وَشَقِّ النَّهْرِ منها إلَى أَرْضِهِ بِأَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً بِإِذْنِ الْإِمَامِ له أَنْ يَشُقَّ إلَيْهَا نَهْرًا من هذه الْأَنْهَارِ وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ وَلَا لِأَحَدٍ مَنْعُهُ إذَا لم يَضُرَّ بِالنَّهْرِ وَكَذَا له أَنْ يَنْصِبَ عليه رَحًى وَدَالِيَةً وَسَانِيَةً إذَا لم يَضُرَّ بِالنَّهْرِ لِأَنَّ هذه الْأَنْهَارَ لم تَدْخُلْ تَحْتَ يَدِ أَحَدٍ

فَلَا يَثْبُتُ الِاخْتِصَاصُ بها لِأَحَدٍ فَكَانَ الناس فيها كلهم على السَّوَاءِ فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ بِسَبِيلٍ من الِانْتِفَاعِ لَكِنْ بِشَرِيطَةِ عَدَمِ الضَّرَرِ بِالنَّهْرِ كَالِانْتِفَاعِ بِطَرِيقِ الْعَامَّةِ وَإِنْ أَضَرَّ بِالنَّهْرِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ من الْمُسْلِمِينَ مَنْعُهُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ حَقٌّ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ وَإِبَاحَةُ التَّصَرُّفِ في حَقِّهِمْ مَشْرُوطَةٌ بِانْتِفَاءِ الضَّرَرِ كَالتَّصَرُّفِ في الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ

وَسُئِلَ أبو يُوسُفَ عن نَهْرِ مَرْوَ وهو نَهْرٌ عَظِيمٌ أَحْيَا رَجُلٌ أَرْضًا كانت مَوَاتًا فَحَفَرَ لها نَهْرًا فَوْقَ مَرْوَ من مَوْضِعٍ ليس يَمْلِكُهُ أَحَدٌ فَسَاقَ الْمَاءَ إلَيْهَا من ذلك النَّهْرِ فقال أبو يُوسُفَ إنْ كان يَدْخُلُ على أَهْلِ مَرْوَ ضَرَرٌ في مَائِهِمْ ليس له ذلك وَإِنْ كان لَا يَضُرُّهُمْ فَلَهُ ذلك وَلَيْسَ لهم أَنْ يَمْنَعُوهُ لِمَا قُلْنَا

وَسُئِلَ أَيْضًا إذَا كان لِرَجُلٍ من هذا النَّهْرِ كُوًى مَعْرُوفَةٌ هل له أَنْ يَزِيدَ فيها فقال إنْ زَادَ في مِلْكِهِ وَذَلِكَ لَا يَضُرُّ بِأَهْلِ النَّهْرِ فَلَهُ ذلك وَلَوْ كان نَهْرٌ خَاصٌّ لِقَوْمٍ يَأْخُذُ الْمَاءَ من هذا النَّهْرِ فَأَرَادَ وَاحِدٌ منهم أَنْ يَزِيدَ كُوَّةً لم يَكُنْ له ذلك وَإِنْ كان لَا يَضُرُّ بِالنَّهْرِ

وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ الزِّيَادَةَ في الْفَصْلِ الْأَوَّلِ تَصَرُّفٌ في حَقٍّ مُشْتَرَكٍ بين الْعَامَّةِ وَحُرْمَةُ التَّصَرُّفِ في حُقُوقِ الْعَامَّةِ لَا تَثْبُتُ إلَّا بِشَرِيطَةِ الضَّرَرِ وَالزِّيَادَةُ في الْفَصْلِ الثَّانِي تَصَرُّفٌ في مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ بِأَخْذِ زِيَادَةِ الْمَاءِ في النَّهْرِ وَالتَّصَرُّفُ في الْمِلْكِ الْمُشْتَرَكِ لَا تَقِفُ حُرْمَتُهُ على الضَّرَرِ بِالْمَالِكِ هو الْفَرْقُ وَلَوْ جَزَرَ مَاءُ هذه الْأَنْهَارِ عن أَرْضٍ فَلَيْسَ لِمَنْ يَلِيهَا أَنْ يَضُمَّهَا إلَى أَرْضِ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنْ يَعُودَ مَاؤُهَا إلَى مَكَانِهِ وَلَا يَجِدُ إلَيْهِ سَبِيلًا فَيُحْمَلُ على جَانِبٍ آخَرَ فَيَضُرُّ حتى لو أَمِنَ الْعَوْدَ أو كان بِإِزَائِهَا من الْجَانِبِ الْآخَرِ أَرْضٌ مَوَاتٌ لَا يَسْتَضِرُّ أَحَدٌ بِحَمْلِ الْمَاءِ عليه فَلَهُ ذلك وَيَمْلِكُهُ إذَا أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ أو بِغَيْرِ إذْنِهِ على الِاخْتِلَافِ الْمَعْرُوفِ

وَلَوْ احْتَاجَتْ هذه الْأَنْهَارُ إلَى الْكَرْيِ فَعَلَى السُّلْطَانِ كِرَاهَا من بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ مَنْفَعَتَهَا لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ فَكَانَتْ مُؤْنَتُهَا من بَيْتِ الْمَالِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ وَكَذَا لو خِيفَ منها الْغَرَقُ فَعَلَى السُّلْطَانِ إصْلَاحُ مُسَنَّاتِهَا من بَيْتِ الْمَالِ لِمَا قُلْنَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

كِتَابُ الْأَرَاضِي الْكَلَامُ في مَوْضِعَيْنِ في بَيَانِ أَنْوَاعِ الْأَرَاضِي وفي بَيَانِ حُكْمِ كل نَوْعٍ منها

أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْأَرَاضِي في الْأَصْلِ نَوْعَانِ أَرْضٌ مَمْلُوكَةٌ وَأَرْضٌ مُبَاحَةٌ غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ وَالْمَمْلُوكَةُ نَوْعَانِ عَامِرَةٌ وَخَرَابٌ

وَالْمُبَاحَةُ نَوْعَانِ أَيْضًا نَوْعٌ هو من

مَرَافِقِ الْبَلْدَةِ مُحْتَطَبًا لهم وَمَرْعًى لِمَوَاشِيهِمْ وَنَوْعٌ ليس من مَرَافِقِهَا وهو الْمُسَمَّى بِالْمَوَاتِ

أَمَّا بَيَانُ حُكْمِ كل نَوْعٍ منها

أَمَّا الْأَرَاضِي الْمَمْلُوكَةُ الْعَامِرَةُ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فيها من غَيْرِ إذْنِ صَاحِبِهَا لِأَنَّ عِصْمَةَ الْمِلْكِ تَمْنَعُ من ذلك وَكَذَلِكَ الْأَرْضُ الْخَرَابُ الذي انْقَطَعَ مَاؤُهَا وَمَضَى على ذلك سُنُونَ لِأَنَّ الْمِلْكَ فيها قَائِمٌ وَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ حتى يَجُوزَ بَيْعُهَا وَهِبَتُهَا وَإِجَارَتُهَا وَتَصِيرَ مِيرَاثًا إذَا مَاتَ صَاحِبُهَا

إلَّا أنها إذَا كانت خَرَابًا فَلَا خَرَاجَ عليها إذْ ليس على الْخَرَابِ خَرَاجٌ إلَّا أذا عَطَّلَهَا صَاحِبُهَا مع التَّمَكُّنِ من الِاسْتِنْمَاءِ فَعَلَيْهِ الْخَرَاجُ
وَهَذَا إذَا عُرِفَ صَاحِبُهَا فَإِنْ لم يُعْرَفْ فَحُكْمُهَا حُكْمُ اللُّقَطَةِ يُعْرَفُ في كِتَابِهِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى
وَأَمَّا الْكَلَأُ الذي يَنْبُتُ في أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ فَهُوَ مُبَاحٌ غَيْرُ مَمْلُوكٍ إلَّا إذَا قَطَعَهُ صَاحِبُ الْأَرْضِ وَأَخْرَجَ فَيَمْلِكُهُ
هذا جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ عن أَصْحَابِنَا رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وقال بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ من مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ إنه إذَا سَقَاهُ وَقَامَ عليه مَلَكَهُ وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ الْأَصْلَ فيه هو الْإِبَاحَةُ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الناس شُرَكَاءُ في ثَلَاثٍ الْمَاءِ وَالْكَلَإِ وَالنَّارِ وَالْكَلَأُ اسْمٌ لِحَشِيشٍ يَنْبُتُ من غَيْرِ صُنْعِ الْعَبْدِ وَالشَّرِكَةُ الْعَامَّةُ هِيَ الْإِبَاحَةُ إلَّا إذَا قَطَعَهُ وَأَحْرَزَهُ لِأَنَّهُ اسْتَوْلَى على مَالٍ مُبَاحٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ فَيَمْلِكُهُ كَالْمَاءِ الْمُحْرَزِ في الْأَوَانِي وَالظُّرُوفِ وَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ التي هِيَ غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ لِأَحَدٍ وَالنَّارُ اسْمٌ لِجَوْهَرٍ مُضِيءٍ دَائِمِ الْحَرَكَةِ عُلُوًّا فَلَيْسَ لِمَنْ أَوْقَدَهَا أَنْ يَمْنَعَ غَيْرَهُ من الِاصْطِلَاءِ بها لِأَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَثْبَتَ الشَّرِكَةَ فيها
فَأَمَّا الْجَمْرُ فَلَيْسَ بِنَارٍ وهو مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِهِ فَلَهُ حَقُّ الْمَنْعِ كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ وَلَوْ أَرَادَ أَحَدٌ أَنْ يَدْخُلَ مِلْكَهُ لِاحْتِشَاشِ الكلأ فإذا كان يحده (((يجده))) في مَوْضِعٍ آخَرَ له أَنْ يَمْنَعَهُ من الدُّخُولِ وَإِنْ كان لَا يحده (((يجده))) فَيُقَالُ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ إمَّا أَنْ تَأْذَنَ له بِالدُّخُولِ وَإِمَّا أَنْ تَحُشَّ بِنَفْسِك فَتَدْفَعَهُ إلَيْهِ كَالْمَاءِ الذي في الْآبَارِ وَالْعُيُونِ وَالْحِيَاضِ التي في الْأَرَاضِي الْمَمْلُوكَةِ على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الشِّرْبِ
وَلَوْ دخل إنْسَانٌ أَرْضَهُ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَاحْتَشَّ ليس لِصَاحِبِهِ أَنْ يَسْتَرِدَّهُ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ سَبَقَتْ يَدُهُ إلَيْهِ وَكَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ لِأَنَّ مَحَلَّ الْبَيْعِ مَالٌ مَمْلُوكٌ وَإِنْ لم يَثْبُتْ على مِلْكِ أَحَدٍ وَلَا تَجُوزُ إجَارَتُهُ لِأَنَّ الْأَعْيَانَ لَا تَحْتَمِلُ الْإِجَارَةَ على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ الشِّرْبِ
وَالْجَوَابُ في الكلأ في الْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالْهِبَةِ وَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ وَالْوَصِيَّةِ كَالْجَوَابِ في الشِّرْبِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ منها غَيْرُ مَمْلُوكٍ وقد ذَكَرْنَا ذلك كُلَّهُ في الشِّرْبِ
وَكَذَلِكَ الْمُرُوجُ الْمَمْلُوكَةُ في حُكْمِ الكلأ على هذا
وَكَذَلِكَ الْآجَامُ الْمَمْلُوكَةُ في حُكْمِ السَّمَكِ
لِأَنَّ السَّمَكَ أَيْضًا مُبَاحُ الْأَصْلِ
لِقَوْلِهِ تَعَالَى عز شَأْنُهُ { أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ } وَقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أُحِلَّتْ لنا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ الحديث
فَلَا يَصِيرُ مَمْلُوكًا إلَّا بِالْأَخْذِ وَالِاسْتِيلَاءِ لِمَا بَيَّنَّا
وَلَوْ حُظِرَ السَّمَكُ في حَظِيرَةٍ فَإِنْ كان مِمَّا يُمْكِنُ أَخْذُهُ بِغَيْرِ صَيْدٍ يَمْلِكُهُ بِنَفْسِ الْحَظْرِ لِوُجُودِ الِاسْتِيلَاءِ وَإِثْبَاتِ الْيَدِ عليه وَلِهَذَا لو بَاعَهُ جَازَ وَإِنْ كان لَا يُمْكِنُ أَخْذُهُ إلَّا بِصَيْدٍ لَا يَمْلِكُهُ صَاحِبُ الْحَظِيرَةِ لِأَنَّهُ ما اسْتَوْلَى عليه وَلَا يُمْلَكُ الْمُبَاحُ إلَّا بِالِاسْتِيلَاءِ وَلِهَذَا لو بَاعَهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ
وَعَلَى هذا سَائِرُ الْمُبَاحَاتِ كَالطَّيْرِ إذَا بَاضَتْ أو فَرَّخَتْ في أَرْضِ إنْسَانٍ أَنَّهُ يَكُونُ مُبَاحًا وَيَكُونُ لِلْآخِذِ لَا لِصَاحِبِ الْأَرْضِ سَوَاءٌ كان صَاحِبُ الْأَرْضِ اتَّخَذَ له وَكْرًا أَمْ لَا وقال الْمُتَأَخِّرُونَ من مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ إنَّهُ إنْ كان اتَّخَذَ له مِلْكًا له يَسْتَرِدُّهُ من الْآخِذِ وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِمَنْ أَخَذَهُ وَلِأَنَّ الْمِلْكَ في الْمُبَاحِ إنَّمَا يَثْبُتُ بِالِاسْتِيلَاءِ عليه وَالْآخِذُ هو الْمُسْتَوْلِي دُونَ صَاحِبِ الْأَرْضِ وَإِنْ اتَّخَذَ له وَكْرًا وَكَذَلِكَ صَيْدٌ الْتَجَأَ إلَى أَرْضِ رَجُلٍ أو دَارِهِ

فَهُوَ لِلْآخِذِ لِمَا قُلْنَا
وَلَوْ رَدَّ صَاحِبُ الدَّارِ بَابَ الدَّارِ عليه بَعْدَ الدُّخُولِ يَمْلِكُهُ إنْ أَمْكَنَهُ أَخْذُهُ بِغَيْرِ صَيْدٍ لِوُجُودِ الِاسْتِيلَاءِ منه
وَكَذَلِكَ لو نَصَبَ شَبَكَةً فَتَعَقَّلَ بها صَيْدٌ تَعَقُّلًا لَا خَلَاصَ له فَهُوَ لِنَاصِبِ الشَّبَكَةِ سَوَاءٌ كانت الشَّبَكَةُ له أو لِغَيْرِهِ كَمَنْ أَرْسَلَ بَازِيَ إنْسَانٍ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَأَخَذَ صَيْدًا أو أَغْرَى كَلْبًا لِإِنْسَانٍ على صَيْدٍ فَأَخَذَهُ فَكَانَ لِلْمُرْسِلِ وَالْمُغْرِي لَا لِصَاحِبِهِ
وَلَوْ نَصَبَ فُسْطَاطًا فَجَاءَ صَيْدٌ فَتَعَقَّلَ بِهِ فَهُوَ لِلْآخِذِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ نَصْبَ الشَّبَكَةِ وُضِعَ لِتَعَقُّلِ الصَّيْدِ وَمُبَاشِرُ السَّبَبِ الْمَوْضُوعِ لِلشَّيْءِ اكْتِسَابٌ له فَأَمَّا نَصْبُ الْفُسْطَاطِ فما وُضِعَ لِذَلِكَ بَلْ لِغَرَضٍ آخَرَ فَتَوَقَّفَ الْمِلْكُ فيه على الِاسْتِيلَاءِ

وَالْأَخْذِ حَقِيقَةً وَلَوْ حَفَرَ حَفِيرَةً فَوَقَعَ فيها صَيْدٌ فَإِنْ كان حَفَرَهَا لِاجْتِمَاعِ الْمَاءِ فيها فَهُوَ لِلْآخِذِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الِاصْطِيَادِ وَإِنْ كان حَفَرَهَا لِلِاصْطِيَادِ بها فَهُوَ له بِمَنْزِلَةِ الشَّبَكَةِ
وَأَمَّا الْآجَامُ الْمَمْلُوكَةُ في حُكْمِ الْقَصَبِ وَالْحَطَبِ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَحْتَطِبَ من أَجَمَةِ رَجُلٍ إلَّا بِإِذْنِهِ لِأَنَّ الْحَطَبَ وَالْقَصَبَ مَمْلُوكَانِ لِصَاحِبِ الْأَجَمَةِ يَنْبُتَانِ على مِلْكِهِ وَإِنْ لم يُوجَدْ منه الْإِنْبَاتُ أَصْلًا بِخِلَافِ الكلأ في الْمُرُوجِ الْمَمْلُوكَةِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْأَجَمَةِ هِيَ الْقَصَبُ وَالْحَطَبُ فَكَانَ ذلك مَقْصُودًا من مِلْكِ الْأَجَمَةِ فَيُمْلَكُ بِمِلْكِهَا
فَأَمَّا الْكَلَأُ فَغَيْرُ مَقْصُودٍ من الْمَرْجِ الْمَمْلُوكِ بَلْ الْمَقْصُودُ هو الزِّرَاعَةُ وَلَوْ أَنَّ بَقَّارًا رَعَى بَقَرًا في أَجَمَةٍ مَمْلُوكَةٍ لِإِنْسَانٍ فَلَيْسَ له ذلك وهو ضَامِنٌ لِمَا رَعَى وَأَفْسَدَ من الْقَصَبِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ مَنْفَعَةَ الْأَجَمَةِ الْقَصَبُ وَالْحَطَبُ وَهُمَا مَمْلُوكَانِ لِصَاحِبِ الْأَجَمَةِ وَإِتْلَافُ مَالٍ مَمْلُوكٍ لِصَاحِبِهِ يُوجِبُ الضَّمَانَ بِخِلَافِ الكلأ في الْمُرُوجِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ على الْإِبَاحَةِ دُونَ الْمِلْكِ على ما بَيَّنَّا وَالدَّلِيلُ على التَّفْرِقَةِ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ يَجُوزُ له دَفْعُ الْقَصَبِ مُعَامَلَةً وَلَا يَجُوزُ دَفْعُ الكلأ مُعَامَلَةً وَالْأَصْلُ الْمَحْفُوظُ فيه أَنَّ الْقَصَبَ وَالْحَطَبَ يُمْلَكَانِ بِمِلْكِ الْأَرْضِ وَالْكَلَأُ لَا
وَأَمَّا ما لَا يثبت (((ينبت))) عَادَةً إلَّا بِصُنْعِ الْعَبْدِ كَالْقَتَّةِ وَالْقَصِيلِ وما بَقِيَ من حَصَادِ الزَّرْعِ وَنَحْوِ ذلك في أَرْضٍ مَمْلُوكَةٍ يَكُونُ مَمْلُوكًا وَلِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَنْ يَمْنَعَ غَيْرَهُ وَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَنَحْوُ ذلك لِأَنَّ الْإِنْبَاتَ يُعَدُّ اكْتِسَابًا له فَيَمْلِكُهُ وَلِأَنَّ الْأَصْلَ أَنْ يَكُونَ من الْمَمْلُوكِ مَمْلُوكًا إلَّا أَنَّ الْإِبَاحَةَ في بَعْضِ الْأَشْيَاءِ تَثْبُتُ على مُخَالَفَةِ الْأَصْلِ بِالشَّرْعِ وَالشَّرْعُ وَرَدَ بها في أَشْيَاءَ مَخْصُوصَةٍ فَيُقْتَصَرُ عليها
وَأَمَّا أَرْضُ الْمَوَاتِ فَالْكَلَامُ فيها في مَوَاضِعَ في تَفْسِيرِ الْأَرْضِ الْمَوَاتِ وفي بَيَانِ ما يَمْلِكُ الْإِمَامُ من التَّصَرُّفِ في الْمَوَاتِ وفي بَيَانِ ما يَثْبُتُ بِهِ الْمِلْكُ في الْمَوَاتِ وما يَثْبُتُ بِهِ الْحَقُّ فيه دُونَ الْمِلْكِ وفي بَيَانِ حُكْمِهِ إذَا مُلِكَ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْأَرْضُ الْمَوَاتُ هِيَ أَرْضٌ خَارِجَ الْبَلَدِ لم تَكُنْ مِلْكًا لِأَحَدٍ وَلَا حَقًّا له خَاصًّا فَلَا يَكُونُ دَاخِلَ الْبَلَدِ مَوَاتٌ أَصْلًا وَكَذَا ما كان خَارِجَ الْبَلْدَةِ من مَرَافِقِهَا مُحْتَطَبًا بها لِأَهْلِهَا أو مَرْعًى لهم لَا يَكُونُ مَوَاتًا حتى لَا يَمْلِكَ الْإِمَامُ إقْطَاعَهَا لِأَنَّ ما كان من مَرَافِقِ أَهْلِ الْبَلْدَةِ فَهُوَ حَقُّ أَهْلِ الْبَلْدَةِ كَفِنَاءِ دَارِهِمْ وفي

الْإِقْطَاعِ إبْطَالُ حَقِّهِمْ وَكَذَلِكَ أَرْضُ الْمِلْحِ وَالْقَارِّ وَالنِّفْطِ وَنَحْوِهَا مِمَّا لَا يَسْتَغْنِي عنها الْمُسْلِمُونَ لَا تَكُونُ أَرْضَ مَوَاتٍ حتى لَا يَجُوزَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْطَعَهَا لِأَحَدٍ لِأَنَّهَا حَقٌّ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ وفي الْإِقْطَاعِ إبْطَالُ حَقِّهِمْ وَهَذَا لَا يَجُوزُ وهذا (((وهل))) يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ بَعِيدًا من الْعُمْرَانِ شَرَطَهُ الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه قال وما قَرُبَ من الْعَامِرِ فَلَيْسَ بِمَوَاتٍ
وَكَذَا رُوِيَ عن أبي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ أَرْضَ الْمَوَاتِ بُقْعَةٌ لو وَقَفَ على أَدْنَاهَا من الْعَامِرِ رَجُلٌ فَنَادَى بِأَعْلَى صَوْتِهِ لم يَسْمَعْهُ من الْعَامِرِ وفي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ ليس بِشَرْطٍ حتى إنَّ بَحْرًا من الْبَلْدَةِ جَزَرَ مَاؤُهُ أو أَجَمَةً عَظِيمَةً لم تَكُنْ مِلْكًا لِأَحَدٍ تَكُونُ أَرْضَ مَوَاتٍ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَعَلَى قِيَاسِ رِوَايَةِ أبي يُوسُفَ وَقَوْلِ الطَّحَاوِيِّ لَا تَكُونُ وَالصَّحِيحُ جَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ لِأَنَّ الْمَوَاتَ اسْمٌ لِمَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ فإذا لم يَكُنْ مِلْكًا لِأَحَدٍ وَلَا حَقًّا خَاصًّا لم يَكُنْ مُنْتَفَعًا بِهِ كان بَعِيدًا عن الْبَلْدَةِ أو قَرِيبًا منها
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَمْلِكُ الْإِمَامُ من التَّصَرُّفِ في الْمَوَاتِ فَالْإِمَامُ يَمْلِكُ إقْطَاعَ الْمَوَاتِ من مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ لِمَا يَرْجِعُ ذلك إلَى عِمَارَةِ الْبِلَادِ للتصرف (((التصرف))) فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ لِلْإِمَامِ كَكَرْيِ الْأَنْهَارِ الْعِظَامِ وَإِصْلَاحِ قَنَاطِرِهَا وَنَحْوِهِ
وَلَوْ أَقْطَعَ الْإِمَامُ الْمَوَاتَ إنْسَانًا فَتَرَكَهُ ولم يَعْمُرْهُ لَا يُتَعَرَّضُ له إلَى ثَلَاثِ سِنِينَ فإذا مَضَى ثَلَاثُ سِنِينَ فَقَدْ عاد (((ظل))) مَوَاتًا كما كان وَلَهُ أَنْ يُقْطِعَهُ غَيْرَهُ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ليس لِمُحْتَجِرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ سِنِينَ حَقٌّ وَلِأَنَّ الثَّلَاثَ سِنِينَ مُدَّةٌ لِإِبْلَاءِ الْأَعْذَارِ فإذا أَمْسَكَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ولم يَعْمُرْهَا دَلَّ على أَنَّهُ لَا يُرِيدُ عِمَارَتَهَا بَلْ تَعْطِيلَهَا فَبَطَلَ حَقُّهُ وَتَعُودُ إلَى حَالِهَا مَوَاتًا وكان لِلْإِمَامِ أَنْ يُعْطِيَهَا غَيْرَهُ
وَأَمَّا بَيَانُ ما يَثْبُتُ بِهِ الْمِلْكُ في الْمَوَاتِ وما لَا يَثْبُتُ وَيَثْبُتُ بِهِ الْحَقُّ فَالْمِلْكُ في الْمَوَاتِ يَثْبُتُ بِالْإِحْيَاءِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمْ اللَّهُ تَعَالَى يَثْبُتُ بِنَفْسِ الْإِحْيَاءِ وَإِذْنُ الْإِمَامِ ليس بِشَرْطٍ وَجْهُ قَوْلِهِمَا قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ له وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ فيه حَقٌّ أَثْبَتَ الْمِلْكَ للمحي (((للمحيي))) من غَيْرِ شَرِيطَةِ إذْنِ الْإِمَامِ وَلِأَنَّهُ مُبَاحٌ اسْتَوْلَى عليه فَيَمْلِكُهُ بِدُونِ إذْنِ الْإِمَامِ كما لو أَخَذَ صَيْدًا أو حَشَّ كَلَأً وَقَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ليس لِعِرْقٍ ظَالِمٍ فيه

حَقٌّ رُوِيَ مُنَوَّنًا وَمُضَافًا فَالْمُنَوَّنُ هو أَنْ تَنْبُتَ عُرُوقُ أَشْجَارِ إنْسَانٍ في أَرْضِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ فَلِصَاحِبِ الْأَرْضِ قَلْعُهَا حَشِيشًا
وَلِأَبِي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ ما رُوِيَ عن النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال ليس لِلْمَرْءِ إلَّا ما طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إمَامِهِ فإذا لم يَأْذَنْ فلم تَطِبْ نَفْسُهُ بِهِ فَلَا يَكُونُ له وَلِأَنَّ الْمَوَاتَ غَنِيمَةٌ فَلَا بُدَّ لِلِاخْتِصَاصِ بِهِ من إذْنِ الْإِمَامِ كَسَائِرِ الْغَنَائِمِ
وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّ غَنِيمَةً اسْمٌ لِمَا أُصِيبَ من أَهْلِ الْحَرْبِ بِإِيجَافِ الْخَيْلِ وَالرِّكَابِ وَالْمَوَاتُ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَرْضَ كُلَّهَا كانت تَحْتَ أَيْدِي أَهْلِ الْحَرْبِ اسْتَوْلَى عليها الْمُسْلِمُونَ عَنْوَةً وَقَهْرًا فَكَانَتْ كُلُّهَا غَنَائِمَ فَلَا يَخْتَصُّ بَعْضُ

الْمُسْلِمِينَ بِشَيْءٍ منها من غَيْرِ إذْنِ الْإِمَامِ كَسَائِرِ الْغَنَائِمِ بِخِلَافِ الصَّيْدِ وَالْحَطَبِ وَالْحَشِيشِ لِأَنَّهَا لم تَكُنْ في يَدِ أَهْلِ الْحَرْبِ فَجَازَ أَنْ تُمْلَكَ بِنَفْسِ الِاسْتِيلَاءِ وَإِثْبَاتِ الْيَدِ عليها
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَصِيرُ بِهِ شَرْعًا وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إذن جَمَاعَةً بِإِحْيَاءِ الْمَوَاتِ بِذَلِكَ النَّظْمِ وَنَحْنُ نَقُولُ بِمُوجَبِهِ فَلَا يَكُونُ حُجَّةً مع الِاحْتِمَالِ نَظِيرَ قَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلَبُهُ حتى لم يَصِحَّ الِاحْتِجَاجُ بِهِ في إيجَابِ السَّلَبِ لِلْقَاتِلِ على ما ذُكِرَ في كِتَابِ السِّيَرِ أو يُحْمَلُ ذلك على حَالِ الْإِذْنِ تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ
وَيَمْلِكُ الذِّمِّيُّ بِالْإِحْيَاءِ كما يَمْلِكُ الْمُسْلِمُ لِعُمُومِ الحديث
وَلَوْ حَجَرَ الْأَرْضَ الْمَوَاتَ لَا يَمْلِكُهَا بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْمَوَاتَ يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عن وَضْعِ أَحْجَارٍ أو خَطٍّ حَوْلَهَا يُرِيدُ أَنْ يَحْجُرَ غَيْرَهُ عن الِاسْتِيلَاءِ عليها وَشَيْءٌ من ذلك ليس بِإِحْيَاءٍ فَلَا يَمْلِكُهَا وَلَكِنْ صَارَ أَحَقَّ بها من غَيْرِهِ حتى لم يَكُنْ لِغَيْرِهِ أَنْ يُزْعِجَهُ لِأَنَّهُ سَبَقَتْ يَدُهُ إلَيْهِ وَالسَّبْقُ من أَسْبَابِ التَّرْجِيحِ في الْجُمْلَةِ قال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ منى مُبَاحٌ من سَبَقَ
وَعَلَى هذا الْمُسَافِرُ إذَا نَزَلَ بِأَرْضٍ مُبَاحَةٍ أو رِبَاطٍ صَارَ أَحَقَّ بها ولم يَكُنْ لِمَنْ يَجِيءُ بَعْدَهُ أَنْ يُزْعِجَهُ عنها وإذا صَارَ أَحَقَّ بها فَلَا يُقْطِعُهَا الْإِمَامُ غَيْرَهُ إلَّا إذَا عَطَّلَهَا الْمُتَحَجِّرُ ثَلَاثَ سِنِينَ ولم يَعْمُرْهَا
وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ أَرْضِ الْمَوَاتِ إذَا مُلِكَتْ فَيَخْتَصُّ بها حُكْمَانِ أَحَدُهُمَا حُكْمُ الْحَرِيمِ
وَالثَّانِي الْوَظِيفَةُ من الْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْكَلَامُ فيه في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في أَصْلِ الْحَرِيمِ وَالثَّانِي في قَدْرِهِ
أَمَّا أَصْلُهُ فَلَا خِلَافَ في أَنَّ من حَفَرَ بِئْرًا في أَرْضِ الْمَوَاتِ يَكُونُ لها حَرِيمٌ حتى لو أَرَادَ أَحَدٌ أَنْ يَحْفِرَ في حَرِيمِهِ له أَنْ يَمْنَعَهُ لِأَنَّ النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ لِلْبِئْرِ حَرِيمًا وَكَذَلِكَ الْعَيْنُ لها حَرِيمٌ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ جَعَلَ لِكُلِّ أَرْضٍ حَرِيمًا وَأَمَّا النَّهْرُ فَقَدْ ذَكَرْنَا الْكَلَامَ فيه وَأَمَّا تَقْدِيرُهُ فَحَرِيمُ الْعَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ بِالْإِجْمَاعِ وَبِهِ نَطَقَتْ السُّنَّةُ وهو قَوْلُهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِلْعَيْنِ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ وَحَرِيمُ بِئْرِ الْعَطَنِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا بِالْإِجْمَاعِ نَطَقَتْ بِهِ السُّنَّةُ قال النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَحَرِيمُ بِئْرِ الْعَطَنِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا
وَأَمَّا حَرِيمُ بِئْرِ النَّاضِحِ فَقَدْ اُخْتُلِفَ فيه عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا وَعِنْدَهُمَا سِتُّونَ ذِرَاعًا احْتَجَّا بِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال وَحَرِيمُ بِئْرِ النَّاضِحِ سِتُّونَ ذِرَاعًا
وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ الْمِلْكَ في الْمَوَاتِ يَثْبُتُ بالأحياء بِإِذْنِ الْإِمَامِ أو بِغَيْرِ إذْنِهِ ولم يُوجَدْ منه إحْيَاءُ الْحَرِيمِ وَكَذَا إذْنُ الْإِمَامِ يَتَنَاوَلُ الْحَرِيمَ مَقْصُودًا إلَّا أَنَّ دُخُولَ الْحَرِيمِ لِحَاجَةِ الْبِئْرِ إلَيْهِ وَحَاجَةُ النَّاضِحِ تَنْدَفِعُ بِأَرْبَعِينَ ذِرَاعًا من كل جَانِبٍ كَحَاجَةِ الْعَطَنِ فَبَقِيَ الزِّيَادَةُ على ذلك على حُكْمِ الْمَوَاتِ وَالْحَدِيثُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ذلك في بِئْرٍ خَاصٍّ وَلِلْإِمَامِ وِلَايَةُ ذلك
وَأَمَّا حَرِيمُ النَّهْرِ فَقَدْ اخْتَلَفَ أبو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ في تَقْدِيرِهِ فَعِنْدَ أبي يُوسُفَ قَدْرُ نِصْفِ بَطْنِ النَّهْرِ من كل جَانِبٍ النِّصْفُ من هذا الْجَانِبِ وَالنِّصْفُ من ذلك الْجَانِبِ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ قَدْرُ جَمِيعِ بَطْنِ النَّهْرِ من كل جَانِبٍ قَدْرُ جَمِيعِهِ
وَأَمَّا النَّهْرُ إذَا حُفِرَ في أَرْضِ الْمَوَاتِ فَمِنْهُمْ من ذَكَرَ الْخِلَافَ فيه بين أبي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ وَالصَّحِيحُ أَنَّ له حَرِيمًا بِلَا خِلَافٍ لِمَا قُلْنَا
وَأَمَّا الثَّانِي حُكْمُ الْوَظِيفَةِ فَإِنْ أَحْيَاهَا مُسْلِمٌ قال أبو يُوسُفَ إنْ كانت من حَيِّزِ

أَرْضِ الْعُشْرِ فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ وَإِنْ كانت من حَيِّزِ أَرْضِ الْخَرَاجِ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ
وقال مُحَمَّدٌ إنْ أَحْيَاهَا بِمَاءِ الْعُشْرِ فَهِيَ عُشْرِيَّةٌ وَإِنْ أَحْيَاهَا بِمَاءِ الْخَرَاجِ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ وَإِنْ أَحْيَاهَا ذِمِّيٌّ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ كَيْفَ ما كان بِالْإِجْمَاعِ وَهِيَ من مَسَائِلِ كِتَابِ الْعُشْرِ وَالْخَرَاجِ وَاَللَّهُ عز شَأْنُهُ أَعْلَمُ

كِتَابُ الْمَفْقُودِ الْكَلَامُ في الْمَفْقُودِ يَقَعُ في أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ في تَفْسِيرِ الْمَفْقُودِ وفي بَيَانِ حَالِهِ وفي بَيَانِ ما يُصْنَعُ بِمَالِهِ وفي بَيَانِ حُكْمِ مَالِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْمَفْقُودُ اسْمٌ لِشَخْصٍ غَابَ عن بَلَدِهِ وَلَا يُعْرَفُ خَبَرُهُ أَنَّهُ حَيٌّ أَمْ مَيِّتٌ
فَصْلٌ وَأَمَّا حَالُ الْمَفْقُودِ فَعِبَارَةُ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمْ اللَّهُ عن حَالِهِ أَنَّهُ حَيٌّ في حَقِّ نَفْسِهِ مَيِّتٌ في حَقِّ غَيْرِهِ وَالشَّخْصُ الْوَاحِدُ لَا يَكُونُ حَيًّا وَمَيِّتًا حَقِيقَةً لِمَا فيه من الِاسْتِحَالَةِ وَلَكِنْ مَعْنَى هذه الْعِبَارَةِ أَنَّهُ تَجْرِي عليه أَحْكَامُ الْأَحْيَاءِ فِيمَا كان له فَلَا يُورَثُ مَالُهُ وَلَا تَبِينُ امْرَأَتُهُ كَأَنَّهُ حَيٌّ حَقِيقَةً وَتَجْرِي عليه أَحْكَامُ الْأَمْوَاتِ فِيمَا لم يَكُنْ له فَلَا يَرِثُ أَحَدًا كَأَنَّهُ مَيِّتٌ حَقِيقَةً لِأَنَّ الثَّابِتَ بِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ يَصْلُحُ لِإِبْقَاءِ ما كان على ما كان وَلَا يَصْلُحُ لِإِثْبَاتِ ما لم يَكُنْ وَمِلْكُهُ في أَحْكَامِ أَمْوَالِهِ وَنِسَائِهِ أَمْرٌ قد كان وَاسْتَصْحَبْنَا حَالَ الْحَيَاةِ لِإِبْقَائِهِ وَأَمَّا مِلْكُهُ في مَالِ غَيْرِهِ فَأَمْرٌ لم يَكُنْ فَتَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى الْإِثْبَاتِ وَاسْتِصْحَابُ الْحَالِ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِإِثْبَاتِ ما لم يَكُنْ
وَتَحْقِيقُ الْعِبَارَةِ عن حَالِهِ أَنَّ حاله غَيْرُ مَعْلُومٍ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ حَيٌّ وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَيِّتٌ وَهَذَا يَمْنَعُ التَّوَارُثَ وَالْبَيْنُونَةَ لِأَنَّهُ إنْ كان حَيًّا يَرِثُ أَقَارِبَهُ وَلَا يَرِثُونَهُ وَلَا تَبِينُ امْرَأَتُهُ
وَإِنْ كان مَيِّتًا لَا يَرِثُ أَقَارِبَهُ وَيَرِثُونَهُ وَالْإِرْثُ من الْجَانِبَيْنِ أَمْرٌ لم يَكُنْ ثَابِتًا بِيَقِينٍ فَوَقَعَ الشَّكُّ في ثُبُوتِهِ فَلَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ وَكَذَلِكَ الْبَيْنُونَةُ على الْأَصْلِ الْمَعْهُودِ في الثَّابِتُ بِيَقِينٍ لَا يَزُولُ بِالشَّكِّ وَغَيْرُ الثَّابِتِ بِيَقِينٍ لَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ
فإذا مَاتَ وَاحِدٌ من أَقَارِبِهِ يُوقَفُ نَصِيبُهُ إلَى أَنْ يَظْهَرَ حَالُهُ أَنَّهُ حَيٌّ أَمْ مَيِّتٌ لِاحْتِمَالِ الْحَيَاةِ وَالْمَوْتِ لِلْحَالِ حتى إنَّ من هَلَكَ وَتَرَكَ ابْنًا مَفْقُودًا وَابْنَتَيْنِ وَابْنَ ابْنٍ وَطَلَبَتْ الِابْنَتَانِ الْمِيرَاثَ فإن الْقَاضِيَ يَقْضِي لَهُمَا بِالنِّصْفِ وَيُوقَفُ النِّصْفَ الثَّانِيَ إلَى أَنْ يَظْهَرَ حَالُهُ لِأَنَّهُ إنْ كان حَيًّا كان لهم النِّصْفُ وَالنِّصْفُ لِلِابْنَتَيْنِ وَلَا شَيْءَ لِابْنِ الِابْنِ وَإِنْ كان مَيِّتًا كان لِلِابْنَتَيْنِ الثُّلُثَانِ وَالْبَاقِي لِابْنِ الِابْنِ فَكَانَ اسْتِحْقَاقُ النِّصْفِ لِلِابْنَتَيْنِ ثَابِتًا بِيَقِينٍ فَيُدْفَعُ ذلك إلَيْهِمَا وَيُوقَفُ النِّصْفُ الْآخَرُ إلَى أَنْ يَظْهَرَ حَالُهُ فَإِنْ لم يَظْهَرْ حتى مَضَتْ الْمُدَّةُ التي يُعْرَفُ فيها مَوْتُهُ يُدْفَعُ الثُّلُثَانِ إلَيْهِمَا وَالْبَاقِي لِابْنِ الِابْنِ وَكَذَا لو أَوْصَى له بِشَيْءٍ يُوقَفُ وَكَذَا إذَا فُقِدَ الْمُرْتَدُّ وَلَا يدري أَنَّهُ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ أَمْ لَا تُوقَفُ تَرِكَتُهُ كَالْمُسْلِمِ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُصْنَعُ بِمَالِهِ فَالَّذِي يُصْنَعُ أَنْوَاعٌ منها أَنَّ الْقَاضِيَ يَحْفَظُ مَالَهُ يُقِيمُ من يُنَصِّبُهُ لِلْحِفْظِ لِأَنَّهُ مَالٌ لَا حَافِظَ له لِعَجْزِ صَاحِبِهِ عن الْحِفْظِ فَيَحْفَظُ عليه الْقَاضِي نَظَرًا له كما يَحْفَظُ مَالَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ الذي لَا وَلِيَّ لَهُمَا

وَمِنْهَا أَنَّهُ يَبِيعُ من مَالِهِ ما يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ وَيَحْفَظُ ثَمَنَهُ لِأَنَّ ذلك حِفْظٌ له مَعْنًى وَلَا يَأْخُذُ مَالَهُ الذي في يَدِ مُودَعِهِ وَمُضَارِبِهِ لِيَحْفَظَهُ لِأَنَّ يَدَهُمَا يَدُ نِيَابَةٍ عنه في الْحِفْظِ فَكَانَ مَحْفُوظًا بِحِفْظِهِ مَعْنًى فَلَا حَاجَةَ إلَى حِفْظِ الْقَاضِي
وَمِنْهَا أَنَّهُ يُنْفِقُ على زَوْجَتِهِ من مَالِهِ إنْ كان عَالِمًا بِالزَّوْجِيَّةِ لِأَنَّ الْإِنْفَاقَ عليها إحْيَاءٌ لها فَكَانَ من بَابِ حِفْظِ مِلْكِ الْغَائِبِ عليه عِنْدَ عَجْزِهِ عن الْحِفْظِ بِنَفْسِهِ فَيَمْلِكُهُ كما يَمْلِكُ حِفْظَ مَالِهِ
وَمِنْهَا أَنَّهُ يُنْفِقُ من مَالِهِ على أَوْلَادِهِ الصِّغَارِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ وَعَلَى أَوْلَادِهِ الْفُقَرَاءِ الزَّمْنَى من الذُّكُورِ وَالْفَقِيرَاتِ من الْإِنَاثِ سَوَاءٌ كُنَّ زَمْنَى أو لَا وَعَلَى وَالِدَيْهِ الْمُحْتَاجَيْنِ إنْ كان عَالِمًا بِالنَّسَبِ لِأَنَّ نَفَقَةَ أَوْلَادِهِ إنَّمَا تَجِبُ بِحُكْمِ الْجُزْئِيَّةِ وَالْبَعْضِيَّةِ إحْيَاءً لهم وَإِحْيَاءُ نَفْسِهِ وَاجِبٌ فَكَذَا إحْيَاءُ جُزْئِهِ وَكُلِّهِ فَكَانَ الْإِنْفَاقُ عليهم من مَالِهِ إحْيَاءً لهم مَعْنًى وهو عَاجِزٌ عن ذلك بِنَفْسِهِ فَيَقُومُ بِهِ الْقَاضِي
وَإِنْ لم يَعْلَمْ الْقَاضِي بِالزَّوْجِيَّةِ وَالنَّسَبِ فَأَحْضَرُوا رَجُلًا في يَدِهِ مَالٌ وَدِيعَةً لِلْمَفْقُودِ أو مُضَارَبَةً أو عليه دَيْنٌ له فَأَقَرَّ الرَّجُلُ بِذَلِكَ وَبِالزَّوْجِيَّةِ وَالنَّسَبِ أَنْفَقَ عليهم من ذلك الْمَالِ لِأَنَّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَأْخُذَ نَفَقَتَهَا من مَالِ زَوْجِهَا إذَا ظَفِرَتْ بِهِ قَدْرَ ما يَكْفِيهَا قال النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم لِامْرَأَةِ أبي سُفْيَانَ خُذِي من مَالِ أبي سُفْيَانَ ما يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ فإذا أَقَرَّ أَنَّ هذا مَالَهُ وَهَذِهِ امْرَأَتُهُ ثَبَتَ لها حَقُّ الْأَخْذِ وَكَذَا في الْأَوْلَادِ يَأْخُذُ الْبَعْضُ كِفَايَتَهُ من مَالِ الْبَعْضِ عِنْدَ الْحَاجَةِ فإذا أَقَرَّ بِالنَّسَبِ وَالْمَالِ فَقَدْ ثَبَتَ لهم حَقُّ الْأَخْذِ
وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا الثَّلَاثَةِ رضي اللَّهُ عَنْهُمْ
وَعِنْدَ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس لِلْقَاضِي ذلك لِكَوْنِهِ قَضَاءً على الْغَائِبِ
وَنَحْنُ نَقُولُ ليس هذا من بَابِ الْقَضَاءِ على الْغَائِبِ بَلْ هو من بَابِ النَّظَرِ لِلْغَائِبِ وَلِلْقَاضِي وِلَايَةُ النَّظَرِ لِلْغَائِبِ لِمَا عُلِمَ على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ النَّفَقَاتِ
وَلَوْ أَخَذَ الْقَاضِي منهم كَفِيلًا كان حَسَنًا لِجَوَازِ أَنْ يَحْضُرَ الْمَفْقُودُ فَيُقِيمَ الْبَيِّنَةَ على أَنَّهُ كان طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أو

كان أَعْطَاهُمْ النَّفَقَةَ مُعَجَّلَةً
هذا إذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ بِهِمَا فَأَمَّا إذَا أَنْكَرَهُمَا جميعا أو أَقَرَّ بِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ فَأَقَامُوا الْبَيِّنَةَ على ذلك لَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُمْ لِأَنَّهُ يَكُونُ قَضَاءً على الْغَائِبِ وَلَهُ من غَيْرِ أَنْ يَكُونَ عنه وَلَهُ خَصْمٌ حَاضِرٌ لِأَنَّ الْمُودَعَ وَالْمُضَارِبَ وَالْغَرِيمَ لَيْسُوا خُصَمَاءَ عن الْغَائِبِ في إثْبَاتِ الزَّوْجِيَّةِ وَإِيجَابِ النَّفَقَةِ عليه وَكَذَا الْأَوْلَادُ وَالْوَالِدُونَ وَالْمَرْأَةُ لَيْسُوا خُصَمَاءَ لِلْغَائِبِ في إثْبَاتِ مِلْكِ الْمَالِ له وَكُلُّ ذلك لَا يَجُوزُ فَإِنْ أَعْطَوْهُمْ شيئا فَهُوَ من مَالِ أَنْفُسِهِمْ لِأَنَّهُمْ مُتَطَوِّعُونَ في ذلك وَلَا يُنْفِقُ من مَالِهِ على من سِوَاهُمْ من ذَوِي الْأَرْحَامِ لِأَنَّ نَفَقَتَهُمْ لَيْسَتْ بِعِلَّةِ الْجُزْئِيَّةِ وَالْبَعْضِيَّةِ لِعَدَمِهَا بَلْ بِطَرِيقِ الصِّلَةِ وَالْبِرِّ بِهِمْ وَالْإِحْسَانِ إلَيْهِمْ
أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ ليس لهم أَنْ يَمُدُّوا أَيْدِيَهُمْ فَيَأْخُذُوا من مَالِهِ عِنْدَ حَاجَتِهِمْ إلَيْهِ بِخِلَافِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودِينَ فَكَانَ الْإِنْفَاقُ من مَالِهِ قَضَاءً على الْغَائِبِ وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ مَالٍ ثَبَتَ حَقُّ الْأَخْذِ منه لِلْمُنْفَقِ عليه من غَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي له أَنْ

يُنْفِقَ منه وما لَا يَثْبُتُ حَقُّ الْأَخْذِ منه إلَّا بِقَضَاءٍ ليس لِلْقَاضِي أَنْ يُنْفِقَ منه ثُمَّ الْقَاضِي إنَّمَا يُنْفِقُ من مَالِ الْمَفْقُودِ على ما ذَكَرْنَا إذَا كان الْمَالُ دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ أو طَعَامًا أو ثِيَابًا هِيَ من جِنْسِ كِسْوَتِهَا

فَأَمَّا إذَا كان من جِنْسٍ آخَرَ من الْعُرُوضِ وَالْعَقَارِ فَلَا يُنْفِقُ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْإِنْفَاقُ إلَّا بِالْبَيْعِ وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَبِيعَ الْعَقَارَ وَالْعُرُوضَ على الْغَائِبِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ على الْغَائِبِ في مَعْنَى الْحَجْرِ عليه وَالْحَجْرُ على الْحُرِّ الْبَالِغِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا إنْ جَازَ على الْحَاضِرِ لَكِنْ لَا يَجُوزُ على الْغَائِبِ لِأَنَّ الْجَوَازَ على الْحَاضِرِ لِدَفْعِ الظُّلْمِ بِالِامْتِنَاعِ عن قَضَاءِ الدَّيْنِ مع الْقُدْرَةِ على الْقَضَاءِ من ثَمَنِ الْعَيْنِ ولم يَتَحَقَّقْ الظُّلْمُ منه حَالَةَ الْغَيْبَةِ لَمَّا لم يُعْرَفْ منه الِامْتِنَاعُ من الْإِنْفَاقِ فَافْتَرَقَ الْحَالَانِ وَإِنَّمَا مَلَكَ بَيْعَ ما يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ لِأَنَّ ذلك وَإِنْ كان بَيْعًا صُورَةً فَهُوَ حِفْظٌ وَإِمْسَاكٌ له مَعْنًى وَالْقَاضِي يَمْلِكُ حِفْظَ مَالِ الْمَفْقُودِ

وَأَمَّا الْأَبُ فَلَيْسَ له أَنْ يَبِيعَ الْعَقَارَ في نَفَقَةِ الْغَائِبِ من غَيْرِ إذْنِ الْقَاضِي بِالْإِجْمَاعِ

وَأَمَّا الْمَنْقُولُ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ من غَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي وَعِنْدَهُمَا لَا يَبِيعُ الْمَنْقُولَ كما لَا يَبِيعُ الْعَقَارَ لِمَا عُلِمَ في كِتَابِ النَّفَقَاتِ وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

فَصْلٌ وَأَمَّا حُكْمُ مَالِهِ فَهُوَ أَنَّهُ إذَا مَضَتْ من وَقْتِ وِلَادَتِهِ مُدَّةٌ لَا يَعِيشُ إلَيْهَا عَادَةً يُحْكَمُ بِمَوْتِهِ وَيُعْتَقُ أُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرُهُ وَتَبِينُ امْرَأَتُهُ وَيَصِيرُ مَالُهُ مِيرَاثًا لِوَرَثَتِهِ الْأَحْيَاءِ وَقْتَ الْحُكْمِ وَلَا شَيْءَ لِمَنْ مَاتَ قبل ذلك ولم يُقَدِّرْ لِتِلْكَ الْمُدَّةِ في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ تَقْدِيرًا

وَرَوَى الْحَسَنُ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَدَّرَهَا بِمِائَةٍ وَعِشْرِينَ سَنَةً من وَقْتِ وِلَادَتِهِ وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ في الْأَصْلِ أَنَّهُ فُقِدَ رَجُلٌ بِصِفِّينَ أو بِالْجَمَلِ ثُمَّ اخْتَصَمَ وَرَثَتُهُ في مَالِهِ في زَمَنِ أبي حَنِيفَةَ عليه الرَّحْمَةُ فَقَسَمَ بَيْنَهُمْ وَقِيلَ كانت وَفَاةُ سَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي اللَّهُ عنه في سَنَةِ أَرْبَعِينَ وَوَفَاةُ أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه في سَنَةِ مِائَةٍ وَخَمْسِينَ

وَرُوِيَ عن مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ قَدَّرَهَا بِمِائَةِ سَنَةٍ فإذا مَضَتْ الْمُدَّةُ الْمُقَدَّرَةُ يُحْكَمُ بِمَوْتِهِ وَتَثْبُتُ جَمِيعُ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْمُدَّةِ كما إذَا قَامَتْ الْبَيِّنَةُ على مَوْتِهِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

كِتَابُ اللَّقِيطِ الْكَلَامُ في اللَّقِيطِ في مَوَاضِعَ في تَفْسِيرِ اللَّقِيطِ لُغَةً وَعُرْفًا وفي بَيَانِ حَالِهِ وفي بَيَانِ ما يَتَعَلَّقُ بِهِ من الْأَحْكَامِ

أَمَّا في اللُّغَةِ فَهُوَ فَعِيلٌ من اللَّقْطِ وهو اللِّقَاءُ بِمَعْنَى الْمَفْعُولِ وهو الْمَلْقُوطُ وهو الْمُلْقَى أو الْأَخْذُ وَالرَّفْعُ بِمَعْنَى الْمَلْقُوطِ وهو الْمَأْخُوذُ وَالْمَرْفُوعُ عَادَةً لِمَا أَنَّهُ يُؤْخَذُ فَيُرْفَعُ

وَأَمَّا في الْعُرْفِ فَنَقُولُ هو اسْمٌ لِلطِّفْلِ الْمَفْقُودِ وهو الْمُلْقَى أو الطِّفْلِ الْمَأْخُوذِ وَالْمَرْفُوعِ عَادَةً فَكَانَ تَسْمِيَتُهُ لَقِيطًا بِاسْمِ الْعَاقِبَةِ لِأَنَّهُ يُلْقَطُ عَادَةً أَيْ يُؤْخَذُ وَيُرْفَعُ وَتَسْمِيَةُ الشَّيْءِ بِاسْمِ عَاقِبَتِهِ أَمْرٌ شَائِعٌ في اللُّغَةِ قال اللَّهُ تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ { إنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا }

وقال اللَّهُ تَعَالَى جَلَّ شَأْنُهُ { إنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ } سَمَّى الْعِنَبَ خَمْرًا وَالْحَيَّ الذي يَحْتَمِلُ الْمَوْتَ مَيِّتًا بِاسْمِ الْعَاقِبَةِ

كَذَا هذا

فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حَالِهِ فَلَهُ أَحْوَالٌ ثَلَاثٌ لَا بُدَّ من التَّعَرُّفِ عنها حَالُهُ في الْحُرِّيَّةِ وَالرِّقِّ وَحَالُهُ في النَّسَبِ

أَمَّا حَالُهُ في الْحُرِّيَّةِ وَالرِّقِّ فَهُوَ أَنَّهُ حُرٌّ من حَيْثُ الظَّاهِرِ

كَذَا رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ وَسَيِّدِنَا عَلِيٍّ رضي الله عنهما أَنَّهُمَا حَكَمَا بِكَوْنِ

اللَّقِيطِ حُرًّا وَلِأَنَّ الْأَصْلَ هو الْحُرِّيَّةُ في بَنِي آدَمَ لِأَنَّ الناس كُلَّهُمْ أَوْلَادُ سَيِّدِنَا آدَمَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَحَوَّاءَ وَهُمَا كَانَا

حُرَّيْنِ وَالْمُتَوَلَّدُ من الْحُرَّيْنِ يَكُونُ حُرًّا وَإِنَّمَا حَدَثَ الرِّقُّ في الْبَعْضِ شَرْعًا بِعَارِضِ الِاسْتِيلَاءِ بِسَبَبِ عَارِضٍ وهو الْكُفْرُ الْبَاعِثُ على الْحِرَابِ فَيَجِبُ الْعَمَلُ بِالْأَصْلِ حتى يَقُومَ الدَّلِيلُ على الْعَارِضِ فَرُتِّبَ عليه أَحْكَامُ الْأَحْرَارِ من أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ وَالْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ وَاسْتِحْقَاقِ الْحَدِّ على قَاذِفِهِ وَغَيْرِ ذلك من الْأَحْكَامِ الْمُخْتَصَّةِ بِالْأَحْرَارِ إلَّا أَنَّهُ لَا يُحَدُّ قَاذِفُ أمه لِأَنَّ إحْصَانَ الْمَقْذُوفِ شَرْطُ انْعِقَادِ عِلَّةٍ تُوجِبُ على الْقَاذِفِ ولم يُعْرَفْ إحْصَانُهَا لِانْعِقَادِ الْقَذْفِ عليه لِوُجُوبِ الْحَدِّ على الْقَاذِفِ

وَلَوْ ادَّعَى الْمُلْتَقِطُ أو غَيْرُهُ أَنَّهُ عَبْدُهُ لَا يُسْمَعُ منه إلَّا بِبَيِّنَةٍ لِأَنَّ حُرِّيَّتَهُ ثَابِتَةٌ من حَيْثُ الظَّاهِرُ فَلَا يَقْدِرُ على إبْطَالِ هذا الظَّاهِرِ إلَّا بِدَلِيلٍ وَلَوْ بَلَغَ فَأَقَرَّ أَنَّهُ عبد فُلَانٍ نُظِرَ في ذلك إنْ كان لم يَجْرِ عليه شَيْءٌ من أَحْكَامِ الْأَحْرَارِ بَعْدُ من قَبُولِ شَهَادَتِهِ وَضَرْبِ قَاذِفِهِ الْحَدَّ وَنَحْوِهِ صَحَّ إقْرَارُهُ لِأَنَّهُ لم تُعْرَفْ حُرِّيَّتُهُ إلَّا بِظَاهِرِ الْحَالِ فإذا أَقَرَّ بِالرِّقِّ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُقِرُّ على نَفْسِهِ بِالرِّقِّ كَاذِبًا فَصَحَّ إقْرَارُهُ إلَّا أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ في إبْطَالِ ما يَفْعَلُهُ من التَّصَرُّفَاتِ من الْهِبَةِ وَالْكَفَالَةِ وَالْإِعْتَاقِ وَالنِّكَاحِ وَنَحْوِهَا من التَّصَرُّفَاتِ التي لَا يَمْلِكُهَا الْعَبْدُ حتى لَا تَنْفَسِخَ وَهَذَا عِنْدَنَا

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في أَحَدِ قَوْلَيْهِ يَنْفَسِخُ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ لَمَّا أَقَرَّ بِالرِّقِّ فَقَدْ ظَهَرَ أَنَّهُ كان رَقِيقًا وَقْتَ التَّصَرُّفِ فلم يَصِحَّ تَصَرُّفُهُ كما إذَا قَامَتْ الْبَيِّنَةُ على رِقِّهِ

وَلَنَا إن هذا إقْرَارٌ تَضَمَّنَ إبْطَالَ حَقِّ الْغَيْرِ لِأَنَّ حُرِّيَّتَهُ ثَابِتَةٌ من حَيْثُ الظَّاهِرُ فَلَا يُصَدَّقُ في حَقِّ ذلك الْغَيْرِ لِمَا عُرِفَ أَنَّ الْإِقْرَارَ تَصَرُّفٌ على نَفْسِ الْمُقِرِّ فإذا تَضَمَّنَ إبْطَالَ حَقِّهِ حَقَّ الْغَيْرِ كان دَعْوَى أو شَهَادَةً على غَيْرِهِ من ذلك الْوَجْهِ فَيُصَدَّقُ على نَفْسِهِ لَا على غَيْرِهِ كَمَنْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عبد إنْسَانٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ عَتَقَ عليه وَلَا يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ على الْبَائِعِ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا

وَالِاسْتِدْلَالُ بِالْبَيِّنَةِ غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ الشَّاهِدَ غَيْرُ مُتَّهَمٍ في شَهَادَتِهِ على غَيْرِهِ فَأَمَّا الْمُقِرُّ في إقْرَارِهِ على غَيْرِهِ فَمُتَّهَمٌ فَهُوَ الْفَرْقُ

وَإِنْ كان قد أُجْرِيَ عليه شَيْءٌ من ذلك لَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ لِأَنَّهُ إذَا أُجْرِيَ عليه شَيْءٌ من أَحْكَامِ الْأَحْرَارِ فَقَدْ ظَهَرَتْ حُرِّيَّتُهُ عِنْدَ الناس كَافَّةً فَظَهَرَ أَنَّهُ حُرُّ الْأَصْلِ فَلَا يَمْلِكُ إبْطَالَهَا بِالْإِقْرَارِ بِالرِّقِّ

وَأَمَّا حَالُهُ في الْإِسْلَامِ وَالْكُفْرِ فَإِنْ وَجَدَهُ مُسْلِمٌ في مِصْرٍ من أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ أو في قَرْيَةٍ من قُرَاهُمْ يَكُونُ مُسْلِمًا حتى لو مَاتَ يُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عليه وَيُدْفَنُ في مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ وَإِنْ وَجَدَهُ ذِمِّيٌّ في بِيعَةٍ أو كَنِيسَةٍ أو في قَرْيَةٍ ليس فيها مُسْلِمٌ يَكُونُ ذِمِّيًّا تَحْكِيمًا لِلظَّاهِرِ كما إذَا وَجَدَهُ مُسْلِمٌ في بِيعَةٍ أو كَنِيسَةٍ أو في قَرْيَةٍ من قُرَى أَهْلِ الذِّمَّةِ يَكُونُ ذِمِّيًّا

وَلَوْ وَجَدَهُ ذِمِّيٌّ في مِصْرٍ من أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ أو في قَرْيَةٍ من قُرَاهُمْ يَكُونُ مُسْلِمًا

كَذَا ذُكِرَ في كِتَابِ اللَّقِيطِ من الْأَصْلِ وَاعْتَبَرَ الْمَكَانَ وَرَوَى ابن سِمَاعَةَ عن

مُحَمَّدٍ أَنَّهُ اعْتَبَرَ حَالَ الْوَاجِدِ من كَوْنِهِ مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا
وفي كِتَابِ الدَّعْوَى اعْتَبَرَ الْإِسْلَامَ إلَى أَيِّهِمَا نُسِبَ إلَى الْوَاجِدِ أو إلَى الْمَكَانِ
وَالصَّحِيحُ رِوَايَةُ هذا الْكِتَابِ لِأَنَّ الْمَوْجُودَ في مَكَان هو في أَيْدِي أَهْلِ الْإِسْلَامِ
وَتَصَرُّفِهِمْ في أَيْدِيهِمْ وَاللَّقِيطُ الذي هو في يَدِ الْمُسْلِمِ وَتَصَرُّفِهِ يَكُونُ مُسْلِمًا
ظَاهِرًا وَالْمَوْجُودُ في الْمَكَانِ الذي هو في أَيْدِي أَهْلِ الذِّمَّةِ وَتَصَرُّفِهِمْ في
أَيْدِيهِمْ وَاللَّقِيطُ الذي هو في يَدِ الذِّمِّيِّ وَتَصَرُّفِهِ يَكُونُ ذِمِّيًّا ظَاهِرًا فَكَانَ اعْتِبَارُ
الْمَكَانِ أَوْلَى فَإِنْ وَجَدَهُ مُسْلِمٌ في مِصْرٍ من أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ فَبَلَغَ كَافِرًا
يُجْبَرُ على الْإِسْلَامِ وَلَكِنْ لَا يُقْتَلُ لِأَنَّهُ لم يُعْرَفْ إسْلَامُهُ حَقِيقَةً وَإِنَّمَا حُكِمَ بِهِ
تَبَعًا لِلدَّارِ فلم تَتَحَقَّقْ رِدَّتُهُ فَلَا يُقْتَلُ
وَأَمَّا حَالُهُ في النَّسَبِ فَهُوَ أَنَّهُ مَجْهُولُ النَّسَبِ حتى لو ادَّعَى إنْسَانٌ نِسْبَةَ
الْمُلْتَقِطِ أو عِتْقَهُ تَصِحُّ دَعْوَتُهُ وَيَثْبُتُ النَّسَبُ منه لِمَا عُلِمَ في كِتَابِ الدَّعْوَى
وَأَمَّا الْأَحْكَامُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِهِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنَّ الْتِقَاطَهُ أَمْرٌ مَنْدُوبٌ إلَيْهِ لِمَا رُوِيَ أَنَّ
رَجُلًا أتى سَيِّدَنَا عَلِيًّا رضي اللَّهُ عنه بِلَقِيطٍ فقال هو حُرٌّ وَلَأَنْ أَكُونَ وُلِّيتُ من
أَمْرِهِ مِثْلَ الذي وُلِّيتَ أنت كانت أَحَبَّ إلَيَّ من كَذَا وَكَذَا عَدَّ جُمْلَةً من أَعْمَالِ
الْخَيْرِ فَقَدْ رَغَّبَ في الِالْتِقَاطِ وَبَالَغَ في التَّرْغِيبِ فيه حَيْثُ فَضَّلَهُ على جُمْلَةٍ
من أَعْمَالِ الْخَيْرِ على الْمُبَالَغَةِ في النَّدْبِ إلَيْهِ وَلِأَنَّهُ نَفْسٌ لَا حَافِظَ لها بَلْ هِيَ
في مَضْيَعَةٍ فَكَانَ الْتِقَاطُهَا إحْيَاءً لها مَعْنًى وقد قال اللَّهُ تَعَالَى { وَمَنْ أَحْيَاهَا
فَكَأَنَّمَا أَحْيَا الناس جميعا }
وَمِنْهَا أَنَّ الْمُلْتَقِطَ أَوْلَى بِإِمْسَاكِهِ من غَيْرِهِ حتى لَا يَكُونَ لِغَيْرِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ منه
لِأَنَّهُ هو الذي أَحْيَاهُ بِالْتِقَاطِهِ وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ له على لِسَانِ رسول
اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم وَلِأَنَّهُ مُبَاحُ الْأَخْذِ سَبَقَتْ يَدُ الْمُلْتَقِطِ إلَيْهِ وَالْمُبَاحُ
مُبَاحٌ من سَبَقَ على لِسَانِ رسولِ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم
وَمِنْهَا أَنَّ نَفَقَتَهُ من بَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ وَلَاءَهُ له وقد قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ
وَلَوْ كان معه مَالٌ مَشْدُودٌ عليه فَهُوَ له لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مَالُهُ فَيَكُونُ له

كَثِيَابِهِ التي عليه
وَكَذَا إذَا وُجِدَ مَشْدُودًا على دَابَّةٍ فَالدَّابَّةُ له لِمَا قُلْنَا وَتَكُونُ النَّفَقَةُ من مَالِهِ
لِأَنَّ الْإِنْفَاقَ من بَيْتِ الْمَالِ لِلضَّرُورَةِ وَلَا ضَرُورَةَ إذَا كان له مَالٌ وَلَيْسَ على
الْمُلْتَقِطِ أَنْ يُنْفِقَ عليه من مَالِ نَفْسِهِ لِانْعِدَامِ السَّبَبِ الْمُوجِبِ لِلنَّفَقَةِ عليه
وَلَوْ أَنْفَقَ عليه من مَالِ نَفْسِهِ فَإِنْ فَعَلَ بِإِذْنِ الْقَاضِي له أَنْ يَرْجِعَ عليه
وَإِنْ فَعَلَ بِغَيْرِ إذْنِهِ لَا يَرْجِعُ عليه لِأَنَّهُ يَكُونُ مُتَطَوِّعًا فيه
وَمِنْهَا أَنَّ عَقْلَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ لِأَنَّ عَاقِلَتَهُ بَيْتُ الْمَالِ فَيَكُونُ عَقْلُهُ له لِقَوْلِهِ عليه
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ
وَمِنْهَا أَنَّ وَلَاءَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ لِمَا قُلْنَا
وَمِنْهَا أَنَّ له أَنْ يُوَالِيَ من شَاءَ إذَا بَلَغَ إلَّا إذَا عَقَلَ عنه بَيْتُ الْمَالِ فَلَيْسَ له
أَنْ يُوَالِيَ أَحَدًا لِأَنَّ الْعَقْدَ يَلْزَمُ بِالْعَقْلِ على ما نَذْكُرُ في كِتَابِ الدِّيَاتِ إنْ شَاءَ
اللَّهُ تَعَالَى لِمَا عُلِمَ في الْوَلَاءِ
وَمِنْهَا أَنَّ وَلِيَّهُ السُّلْطَانُ له الْوِلَايَةُ في مَالِهِ وَنَفْسِهِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ

وَالسَّلَامُ السُّلْطَانُ وَلِيُّ من لَا وَلِيَّ له
وَرُوِيَ عنه عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلِيُّ من لَا وَلِيَّ له
وَالْخَالُ وَارِثُ من لَا وَارِثَ له وَالسُّلْطَانُ نَائِبُ اللَّهِ وَرَسُولِهِ فَيُزَوِّجُ اللَّقِيطَ
وَيَتَصَرَّفُ في مَالِهِ وَلَيْسَ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَفْعَلَ شيئا من ذلك لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ له عليه
لِانْعِدَامِ سَبَبِهَا وهو الْقَرَابَةُ وَالسَّلْطَنَةُ إلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ له أَنْ يَقْبِضَ الْهِبَةَ له
وَيُسَلِّمَهُ في صِنَاعَةٍ وَيُؤَاجِرَهُ لِأَنَّ ذلك ليس من بَابِ الْوِلَايَةِ عليه بَلْ من بَابِ
إصْلَاحِ حَالِهِ وَإِيصَالِ الْمَنْفَعَةِ الْمَحْضَةِ إلَيْهِ من غَيْرِ ضَرَرٍ فَأَشْبَهَ إطْعَامَهُ
وَغَسْلَ ثِيَابِهِ
وَمِنْهَا أَنَّ نَسَبَهُ من الْمُدَّعِي يَحْتَمِلُ الثُّبُوتَ شَرْعًا لِأَنَّهُ مَجْهُولُ النَّسَبِ على ما
يَأْتِي في كِتَابِ الدَّعْوَى حتى لو ادَّعَى الْمُلْتَقِطُ أو غَيْرُهُ أَنَّهُ ابْنُهُ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ
من غَيْرِ بَيِّنَةٍ وَيَثْبُتُ نَسَبُهُ منه وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا تُسْمَعَ إلَّا بِبَيِّنَةٍ
وَجْهُ الْقِيَاسِ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ يَدَّعِي أَمْرًا جَائِزَ الْوُجُودِ وَالْعَدَمِ فَلَا بُدَّ لِتَرْجِيحِ أَحَدِ
الْجَانِبَيْنِ على الْآخَرِ من مُرَجِّحٍ وَذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ ولم تُوجَدْ
وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ عَاقِلٌ أَخْبَرَ بِأَمْرٍ مُحْتَمَلِ الثُّبُوتِ وَكُلُّ من أَخْبَرَ عن أَمْرٍ
وَالْمَخْبَرُ بِهِ مُحْتَمَلُ الثُّبُوتِ يَجِبُ تَصْدِيقُهُ تَحْسِينًا لِلظَّنِّ بِالْمُخْبِرِ هو الْأَصْلُ إلَّا
إذَا كان في تَصْدِيقِهِ ضَرَرٌ بِالْغَيْرِ وَهَهُنَا في التَّصْدِيقِ وَإِثْبَاتِ النَّسَبِ نَظَرٌ من
الْجَانِبَيْنِ جَانِبِ اللَّقِيطِ بِشَرَفِ النَّسَبِ وَالتَّرْبِيَةِ وَالصِّيَانَةِ عن أَسْبَابِ الْهَلَاكِ
وَغَيْرِ ذلك وَجَانِبِ الْمُدَّعِي بِوَلَدٍ يَسْتَعِينُ بِهِ على مَصَالِحِهِ الدِّينِيَّةِ وَالدُّنْيَوِيَّةِ
وَتَصْدِيقُ الْمُدَّعِي في دَعْوَى ما يَنْتَفِعُ بِهِ وَلَا يَتَضَرَّرُ بِهِ غَيْرُهُ بَلْ يَنْتَفِعُ بِهِ لَا
يَقِفُ على الْبَيِّنَةِ وَسَوَاءٌ كان الْمُدَّعِي مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا أو عَبْدًا حتى لو ادَّعَى
نَسَبَهُ ذِمِّيٌّ تَصِحُّ دَعْوَتُهُ حتى يَثْبُتَ نَسَبُهُ منه لَكِنَّهُ يَكُونُ مُسْلِمًا لِأَنَّهُ ادَّعَى
شَيْئَيْنِ يُتَصَوَّرُ انْفِصَالُ أَحَدِهِمَا عن الْآخَرِ في الْجُمْلَةِ وهو نَسَبُ الْوَلَدِ وَكَوْنُهُ
كَافِرًا وَيُمْكِنُ تَصْدِيقُهُ في أَحَدِهِمَا لِكَوْنِهِ نَفْعًا لِلَّقِيطِ وهو كَوْنُهُ ابْنًا له وَلَا يُمْكِنُ
تَصْدِيقُهُ في الْآخَرِ لِكَوْنِهِ ضَرَرًا بِهِ وهو كَوْنُهُ كَافِرًا فَيُصَدَّقُ فِيمَا فيه مَنْفَعَةٌ
فَيَثْبُتُ نَسَبُ للولد (((الولد))) منه وَلَا يُصَدَّقُ فِيمَا يَضُرُّهُ فَلَا يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ
وَلَيْسَ من ضَرُورَةِ كَوْنِ الْوَلَدِ منه أَنْ يَكُونَ كَافِرًا أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ
وَبِإِسْلَامِ أُمِّهِ وَإِنْ كان الْأَبُ كَافِرًا
هذا إذَا أَقَرَّ الذِّمِّيُّ أَنَّهُ ابْنُهُ وَلَا بَيِّنَةَ له فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ على ذلك ثَبَتَ نَسَبُ
الْوَلَدِ منه وَيَكُونُ على دِينِهِ بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ
وَوَجْهُ الْفَرْقِ بين الْإِقْرَارِ وَبَيْنَ الشَّهَادَةِ أَنَّهُ مُتَّهَمٌ في إقْرَارِهِ بِمَا يَتَضَمَّنُهُ
إقْرَارُهُ وهو كَوْنُ الْوَلَدِ على دِينِهِ وَلَا تُهْمَةَ في الشَّهَادَةِ لِمَا مَرَّ
وَلَوْ ادَّعَى عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ وَثَبَتَ نَسَبُهُ منه لَكِنَّهُ يَكُونُ حُرًّا لِمَا ذَكَرْنَا
في دَعْوَى الذِّمِّيِّ لِأَنَّهُ ادَّعَى شَيْئَيْنِ أَحَدُهُمَا نَفْعُ اللَّقِيطِ وَالْآخَرُ مَضَرَّةٌ وهو
الرِّقُّ فَيُصَدَّقُ فِيمَا يَنْفَعُهُ لَا فِيمَا يَضُرُّهُ على ما ذَكَرْنَا في دَعْوَى الذِّمِّيِّ
وَلَوْ ادَّعَاهُ رَجُلَانِ أَنَّهُ ابْنُهُمَا وَلَا بَيِّنَةَ لَهُمَا فَإِنْ كان أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا وَالْآخَرُ ذِمِّيًّا
فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى لِأَنَّهُ أَنْفَعُ لِلَّقِيطِ وَكَذَلِكَ إذَا كان أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ عَبْدًا فَالْحُرُّ
أَوْلَى لِأَنَّهُ أَنْفَعُ له وَإِنْ كَانَا مُسْلِمَيْنِ حُرَّيْنِ فَإِنْ وَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً في
جَسَدِهِ فَالْوَاصِفُ أَوْلَى بِهِ عِنْدَنَا
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُرْجَعُ إلَى الْقَائِفِ فَيُؤْخَذُ بِقَوْلِهِ وَالصَّحِيحُ قَوْلُنَا لِأَنَّ
الدَّعْوَتَيْنِ مَتَى تَعَارَضَتَا يَجِبُ الْعَمَلُ بِالرَّاجِحِ مِنْهُمَا وقد تَرَجَّحَ أَحَدُهُمَا بِالْعَلَامَةِ
لِأَنَّهُ إذَا رَضي الْعَلَامَةَ ولم يَصِفْ الْآخَرَ دَلَّ على أَنَّ يَدَهُ عليه سَابِقَةٌ فَلَا بُدَّ
لِزَوَالِهَا من دَلِيلٍ وَالدَّلِيلُ على جَوَازِ الْعَمَلِ بِالْعَلَامَةِ قَوْله تَعَالَى عز شَأْنُهُ خَبَرًا
عن أَهْلِ تِلْكَ الْمَرْأَةِ { إنْ كان قَمِيصُهُ قُدَّ من قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وهو من الْكَاذِبِينَ
وَإِنْ كان قَمِيصُهُ قُدَّ من دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وهو من الصَّادِقِينَ فلما رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ

مِنْ دُبُرٍ قال إنَّهُ من كَيْدِكُنَّ إنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ }
حَكَى اللَّهُ تَعَالَى عن الْحُكْمِ بِالْعَلَامَةِ عن الْأُمَمِ السَّالِفَةِ في كِتَابِهِ الْعَزِيزِ ولم يُغَيِّرْ عليهم وَالْحَكِيمُ إذَا حَكَى عن مُنْكَرٍ غَيَّرَهُ فَصَارَ الْحُكْمُ بِالْعَلَامَةِ شَرِيعَةً لنا مُبْتَدَأَةً وَكَذَا عِنْدَ اخْتِلَافِ الزَّوْجَيْنِ في مَتَاعِ الْبَيْتِ يُمَيَّزُ ذلك بِالْعَلَامَةِ كَذَا هَهُنَا وَإِنْ لم

(6/199)

يَصِفْ أَحَدُهُمَا الْعَلَامَةَ يُحْكَمُ بِكَوْنِهِ ابْنًا لَهُمَا إذْ ليس أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى من الْآخَرِ فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ وَإِنْ أَقَامَا جميعا الْبَيِّنَةَ يُحْكَمُ بِكَوْنِهِ ابْنًا لَهُمَا لِأَنَّهُ ليس أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى من الْآخَرِ
وقد رُوِيَ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه في مِثْلِ هذا أَنَّهُ قال إنَّهُ ابْنُهُمَا يَرِثُهُمَا وَيَرِثَانِهِ وهو لِلثَّانِي مِنْهُمَا فَإِنْ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ من رَجُلَيْنِ فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ تُسْمَعُ من خَمْسَةٍ
وقال أبو يُوسُفَ من اثْنَيْنِ وَلَا تُسْمَعُ من أَكْثَرَ من ذلك
وقال مُحَمَّدٌ تُسْمَعُ من ثَلَاثَةٍ وَلَا تُسْمَعُ من أَكْثَرَ من ذلك
هذا إذَا كان الْمُدَّعِي رَجُلًا فَإِنْ كانت امْرَأَةً فَادَّعَتْهُ أَنَّهُ ابْنُهَا فَإِنْ صَدَّقَهَا زَوْجُهَا أو شَهِدَتْ لها الْقَابِلَةُ أو قَامَتْ الْبَيِّنَةُ صَحَّتْ دَعْوَتُهَا وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّ فيه حَمْلَ نَسَبِ الْغَيْرِ على الْغَيْرِ وأنه لَا يَجُوزُ لِمَا نَذْكُرُهُ في كِتَابِ الْإِقْرَارِ وَلَوْ ادَّعَاهُ امْرَأَتَانِ وَأَقَامَتْ إحْدَاهُمَا الْبَيِّنَةَ فَهِيَ أَوْلَى بِهِ وَإِنْ أَقَامَتَا جميعا فَهُوَ ابْنُهُمَا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا يَكُونُ لِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وَعَنْ مُحَمَّدٍ رِوَايَتَانِ في رِوَايَةِ أبي حَفْصٍ يُجْعَلُ ابْنَهُمَا وفي رِوَايَةِ أبي سُلَيْمَانَ لَا يُجْعَلُ ابْنَ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
كِتَابُ اللُّقَطَةِ الْكَلَامُ في اللُّقَطَةِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَنْوَاعِهَا وفي بَيَانِ أَحْوَالِهَا وفي بَيَانِ ما يُصْنَعُ بها
أَمَّا الْأَوَّلُ فَنَوْعَانِ من غَيْرِ الْحَيَوَانِ وهو الْمَالُ السَّاقِطُ لَا يُعْرَفُ مَالِكُهُ وَنَوْعٌ من الْحَيَوَانِ وهو الضَّالَّةُ من الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ من الْبَهَائِمِ إلَّا أَنَّهُ يُسَمَّى لُقَطَةً من اللَّقْطِ وهو الْأَخْذُ وَالرَّفْعُ لِأَنَّهُ يُلْقَطُ عَادَةً أَيْ يُؤْخَذُ وَيُرْفَعُ على ما ذَكَرْنَا في كِتَابِ اللَّقِيطِ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ أَحْوَالِهَا منها في الْأَصْلِ حَالَانِ حَالُ ما قبل الْأَخْذِ وَحَالُ ما بَعْدَهُ أَمَّا قبل الْأَخْذِ فَلَهَا أَحْوَالٌ مُخْتَلِفَةٌ قد يَكُونُ مَنْدُوبَ الْأَخْذِ وقد يَكُونُ مُبَاحَ الْأَخْذِ وقد يَكُونُ حَرَامَ الْأَخْذِ أَمَّا حَالَةُ النَّدْبِ فَهُوَ أَنْ يُخَافَ عليها الضَّيْعَةُ لو تَرَكَهَا فَأَخْذُهَا لِصَاحِبِهَا أَفْضَلُ من تَرْكِهَا لِأَنَّهُ إذَا خَافَ عليها الضَّيْعَةَ كان أَخْذُهَا لِصَاحِبِهَا إحْيَاءً لِمَالِ الْمُسْلِمِ مَعْنًى فَكَانَ مُسْتَحَبًّا وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ
وَأَمَّا حَالَةُ الْإِبَاحَةِ فَهُوَ أَنْ لَا يَخَافَ عليها الضَّيْعَةَ فَيَأْخُذَهَا لِصَاحِبِهَا وَهَذَا عِنْدَنَا وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا خَافَ عليها يَجِبُ أَخْذُهَا وَإِنْ لم يَخَفْ يُسْتَحَبُّ أَخْذُهَا وَزَعَمَ أَنَّ التَّرْكَ عِنْدَ خَوْفِ الضَّيْعَةِ يَكُونُ تَضْيِيعًا لها وَالتَّضْيِيعُ حَرَامٌ فَكَانَ الْأَخْذُ وَاجِبًا وَهَذَا غَيْرُ سَدِيدٍ لِأَنَّ التَّرْكَ لَا يَكُونُ تَضْيِيعًا بَلْ هو امْتِنَاعٌ من حِفْظٍ غَيْرِ مُلْزَمٍ وَالِامْتِنَاعُ من حِفْظٍ غَيْرِ مُلْزَمٍ لَا يَكُونُ تَضْيِيعًا كَالِامْتِنَاعِ عن قَبُولِ الْوَدِيعَةِ
وَأَمَّا حَالَةُ الْحُرْمَةِ فَهُوَ أَنْ يَأْخُذَهَا لِنَفْسِهِ لَا لِصَاحِبِهَا لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ

صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا يَأْوِي الضَّالَّةَ إلَّا ضَالٌّ وَالْمُرَادُ أَنْ يَضُمَّهَا إلَى نَفْسِهِ لِأَجْلِ نَفْسِهِ لَا لِأَجْلِ صَاحِبِهَا بِالرَّدِّ عليه لِأَنَّ الضَّمَّ إلَى نَفْسِهِ لِأَجْلِ صَاحِبِهَا ليس بِحَرَامٍ وَلِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لِنَفْسِهِ فَيَكُونُ بِمَعْنَى الْغَصْبِ وَكَذَا لُقَطَةُ الْبَهِيمَةِ من الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ عِنْدَنَا

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَجُوزُ الْتِقَاطُهَا أَصْلًا وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم عن ضَالَّةِ الْإِبِلِ فقال ما لَك وَلَهَا مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَرْعَى الشَّجَرَ دَعْهَا حتى يَلْقَاهَا رَبُّهَا نهى عن التَّعَرُّضِ لها وَأَمَرَ بِتَرْكِ الْأَخْذِ فَدَلَّ على حُرْمَةِ الْأَخْذِ

وَلَنَا ما رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا وَجَدَ بَعِيرًا بِالْحَرَّةِ فَعَرَّفَهُ ثُمَّ ذَكَرَهُ لِسَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنه فَأَمَرَهُ أَنْ يُعَرِّفَهُ فقال الرَّجُلُ لِسَيِّدِنَا عُمَرَ قد شَغَلَنِي عن ضَيْعَتِي فقال سَيِّدُنَا عُمَرُ أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ وَلِأَنَّ الْأَخْذَ حَالَ خَوْفِ الضَّيْعَةِ إحْيَاءٌ لِمَالِ الْمُسْلِمِ فَيَكُونُ مُسْتَحَبًّا وَحَالَ عَدَمِ الْخَوْفِ ضَرْبُ إحْرَازٍ فَيَكُونُ مُبَاحًا ما ذَكَرْنَا

وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَلَا حُجَّةَ له فيه لِأَنَّ الْمُرَادَ منه أَنْ يَكُونَ صَاحِبُهُ قَرِيبًا منه أَلَا تَرَى أَنَّهُ قال عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حتى يَلْقَاهَا رَبُّهَا وَإِنَّمَا يُقَالُ ذلك إذَا كان قَرِيبًا أو كان رَجَاءُ اللِّقَاءِ ثَابِتًا وَنَحْنُ بِهِ نَقُولُ وَلَا كَلَامَ فيه

وَالدَّلِيلُ عليه أَنَّهُ لَمَّا سَأَلَهُ عن ضَالَّةِ الْغَنَمِ قال خُذْهَا فَإِنَّهَا لك أو لِأَخِيكَ أو لِلذِّئْبِ

دَعَاهُ إلَى الْأَخْذِ وَنَبَّهَ على الْمَعْنَى وهو خَوْفُ الضَّيْعَةِ وَأَنَّهُ مَوْجُودٌ في الْإِبِلِ وَالنَّصُّ الْوَارِدُ فيها أَوْلَى أَنْ يَكُونَ وَارِدًا في الْإِبِلِ وَسَائِرِ الْبَهَائِمِ دَلَالَةً إلَّا أَنَّهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَصَلَ بَيْنَهُمَا في الْجَوَابِ من حَيْثُ الصُّورَةُ لِهُجُومِ الذِّئْبِ على الْغَنَمِ إذَا لم يَلْقَهَا رَبُّهَا عَادَةً بَعِيدًا كان أو قَرِيبًا وَكَذَلِكَ الْإِبِلُ لِأَنَّهَا تَذُبُّ عن نَفْسِهَا عَادَةً

هذا الذي

ذَكَرْنَا حَالَ ما قبل الْأَخْذِ وَأَمَّا حَالُ مابعده فَلَهَا بَعْدَ الْأَخْذِ حَالَانِ في حالة (((حال))) هِيَ أَمَانَةٌ وفي حَالٍ هِيَ مَضْمُونَةٌ أَمَّا حَالَةُ الْأَمَانَةِ فَهِيَ أَنْ يَأْخُذَهَا لِصَاحِبِهَا لِأَنَّهُ أَخَذَهَا على سَبِيلِ الْأَمَانَةِ فَكَانَتْ يَدُهُ يَدَ أَمَانَةٍ كَيَدِ الْمُودَعِ

وَأَمَّا حَالَةُ الضَّمَانِ فَهِيَ أَنْ يَأْخُذَهَا لِنَفْسِهِ لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ لِنَفْسِهِ مَغْصُوبٌ وَهَذَا لَا خِلَافَ فيه وَإِنَّمَا الْخِلَافُ في شَيْءٍ آخَرَ وهو أَنَّ جِهَةَ الْأَمَانَةِ إنَّمَا تُعْرَفُ جِهَةِ الضَّمَانِ إمَّا بِالتَّصْدِيقِ أو بِالْإِشْهَادِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا بِالتَّصْدِيقِ أو بِالْيَمِينِ حتى لو هَلَكَتْ فَجَاءَ صَاحِبُهَا وَصَدَّقَهُ في الْأَخْذِ له لَا يَجِبُ عليه الضَّمَانُ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ لم يُشْهِدْ لِأَنَّ جِهَةَ الْأَمَانَةِ قد ثَبَتَتْ بِتَصْدِيقِهِ وَإِنْ كَذَّبَهُ في ذلك فَكَذَا عِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَشْهَدَ أو لم يُشْهِدْ وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُلْتَقِطِ مع يَمِينِهِ

وَأَمَّا عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ فَإِنْ أَشْهَدَ فَلَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّهُ بِالْإِشْهَادِ ظَهَرَ أَنَّ الْأَخْذَ كان لِصَاحِبِهِ فَظَهَرَ أَنَّ يَدَهُ يَدُ أَمَانَةٍ وَإِنْ لم يَشْهَدْ يَجِبُ عليه الضَّمَانُ وَلَوْ أَقَرَّ الْمُلْتَقِطُ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ يَجِبُ عليه الضَّمَانُ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِالْغَصْبِ وَالْمَغْصُوبُ مَضْمُونٌ على الْغَاصِبِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ أَخَذَهُ لَا لِنَفْسِهِ لِأَنَّ الشَّرْعَ إنَّمَا مَكَّنَهُ من الْأَخْذِ بِهَذِهِ الْجِهَةِ فَكَانَ إقْدَامُهُ على الْأَخْذِ دَلِيلًا على أَنَّهُ أَخْذٌ بِالْوَجْهِ الْمَشْرُوعِ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا له فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَلَكِنْ مع الْحَلِفِ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْأَمِينِ مع الْيَمِينِ

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ وَجْهَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَخْذَ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ في الْأَصْلِ إلَّا أَنَّهُ إذَا كان الْأَخْذُ على سَبِيلِ الْأَمَانَةِ بِأَنْ أَخَذَهُ لِصَاحِبِهِ فَيَخْرُجُ من أَنْ يَكُونَ سَبَبًا وَذَلِكَ إنَّمَا يُعْرَفُ بِالْإِشْهَادِ فإذا لم يُشْهِدْ لم يُعْرَفْ كَوْنُ الْأَخْذِ لِصَاحِبِهِ فَبَقِيَ الْأَخْذُ سَبَبًا في حَقِّ وُجُوبِ الضَّمَانِ على الْأَصْلِ

وَالثَّانِي أَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ عَمَلَ كل إنْسَانٍ له لَا لِغَيْرِهِ بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى { وَأَنْ ليس لِلْإِنْسَانِ إلَّا ما سَعَى } وَقَوْله تَعَالَى { لها ما كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا ما اكْتَسَبَتْ } فَكَانَ أَخْذُهُ اللُّقَطَةَ في الْأَصْلِ لِنَفْسِهِ لَا لِصَاحِبِهَا وَأَخْذُ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لِنَفْسِهِ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ غَصْبٌ وَإِنَّمَا يُعْرَفُ الْأَخْذُ لِصَاحِبِهَا بِالْإِشْهَادِ فإذا لم يُوجَدْ تَعَيَّنَ أَنَّ الْأَخْذَ لِنَفْسِهِ فَيَجِبُ عليه الضَّمَانُ

وَلَوْ أَخَذَ اللُّقَطَةَ ثُمَّ رَدَّهَا إلَى مَكَانِهَا الذي أَخَذَهَا منه لَا ضَمَانَ عليه في ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ وَكَذَا نَصَّ عليه مُحَمَّدٌ في الْمُوَطَّأِ وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ قالوا هذا الْجَوَابُ فِيمَا إذَا رَفَعَهَا ولم يَبْرَحْ عن ذلك الْمَكَانِ حتى وَضَعَهَا في مَوْضِعِهَا فَأَمَّا إذَا ذَهَبَ بها عن ذلك الْمَكَانِ ثُمَّ رَدَّهَا إلَى مَكَانِهَا يَضْمَنُ وَجَوَابُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ مُطْلَقٌ عن هذا التَّفْصِيلِ مُسْتَغْنٍ عن هذا التَّأْوِيلِ

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَضْمَنُ ذَهَبَ عن ذلك الْمَكَانِ أو لم يَذْهَبْ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ لَمَّا أَخَذَهَا من مَكَانِهَا فَقَدْ الْتَزَمَ حِفْظَهَا بِمَنْزِلَةِ قَبُولِ الْوَدِيعَةِ فإذا رَدَّهَا إلَى مَكَانِهَا فَقَدْ ضَيَّعَهَا بِتَرْكِ الْحِفْظِ الْمُلْتَزَمِ فَأَشْبَهَ الْوَدِيعَةَ إذَا أَلْقَاهَا الْمُودَعُ على قَارِعَةِ الطَّرِيقِ حتى ضَاعَتْ

وَلَنَا أَنَّهُ أَخَذَهَا مُحْتَسِبًا مُتَبَرِّعًا لِيَحْفَظَهَا على صَاحِبِهَا فإذا رَدَّهَا إلَى مَكَانِهَا فَقَدْ فَسَخَ التَّبَرُّعَ من الْأَصْلِ فَصَارَ كَأَنَّهُ لم يَأْخُذْهَا أَصْلًا

وَبِهِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لم يَلْزَمْ الْحِفْظَ وَإِنَّمَا تَبَرَّعَ بِهِ وقد رَدَّهُ بِالرَّدِّ إلَى مَكَانِهَا فَارْتَدَّ وَجُعِلَ كَأَنْ لم يَكُنْ

هذا إذَا كان أَخَذَهَا لِصَاحِبِهَا ثُمَّ رَدَّهَا إلَى مَكَانِهَا فَضَاعَتْ وصدقة صَاحِبُهَا فيه أو كَذَّبَهُ لَكِنَّ الْمُلْتَقِطَ قد كان أَشْهَدَ على ذلك فَإِنْ كان لم يُشْهِدْ يَجِبُ عليه الضَّمَانُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا لَا يَجِبُ أَشْهَدَ أو لم يُشْهِدْ وَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مع يَمِينِهِ أَنَّهُ أَخَذَهَا لِصَاحِبِهَا على ما ذَكَرْنَا

ثُمَّ تَفْسِيرُ الْإِشْهَادِ على اللُّقْطَةِ أَنْ يَقُولَ الْمُلْتَقِط بِمَسْمَعٍ من الناس إنِّي الْتَقَطْت لُقَطَةً أو عِنْدِي لُقَطَةٌ فَأَيُّ الناس أَنْشَدَهَا فَدُلُّوهُ عَلَيَّ أو يَقُولَ عِنْدِي شَيْءٌ فَمَنْ رَأَيْتُمُوهُ يَسْأَلُ شيئا فَدُلُّوهُ عَلَيَّ فإذا قال ذلك ثُمَّ جاء صَاحِبُهَا فقال الْمُلْتَقِطُ قد هَلَكَتْ كان الْقَوْلُ قَوْلَهُ وَلَا ضَمَانَ عليه بِالْإِجْمَاعِ

وَإِنْ كان عِنْدَهُ عَشْرُ لُقَطَاتٍ لِأَنَّ اسْمَ الشَّيْءِ وَاللُّقَطَةِ منكرا (((منكر))) إنْ كان يَقَعُ على شَيْءٍ وَاحِدٍ وَلُقَطَةٍ وَاحِدَةٍ لُغَةً لَكِنْ في مِثْلِ هذا الْمَوْضِعِ يُرَادُ بها كُلُّ الْجِنْسِ في الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ لَا فَرْدٌ من الْجِنْسِ إذْ الْمَقْصُودُ من التَّعْرِيفِ إيصَالُ الْحَقِّ إلَى الْمُسْتَحِقِّ

وَمُطْلَقُ الْكَلَامِ يَنْصَرِفُ إلَى الْمُتَعَارَفِ وَالْمُعْتَادِ فَكَانَ هذا إشْهَادًا على الْكُلِّ بِدَلَالَةِ الْعُرْفِ وَالْعَادَةِ وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ كان أَخَذَهَا لِنَفْسِهِ لَا يَبْرَأُ عن الضَّمَانِ إلَّا بِالرَّدِّ على الْمَالِكِ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ أَخَذَهَا غَصْبًا فَكَانَ الْوَاجِبُ عليه الرَّدُّ إلَى الْمَالِكِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ على الْيَدِ ما أَخَذَتْ حتى تَرُدَّهُ فإذا عَجَزَ عن رَدِّ الْعَيْنِ يَجِبُ عليه بَدَلُهَا كما في الْغَصْبِ

وَكَذَلِكَ إذَا أَخَذَ الضَّالَّةَ ثُمَّ أَرْسَلَهَا إلَى مَكَانِهَا الذي أَخَذَهَا منه فَحُكْمُهَا حُكْمُ اللُّقَطَةِ لِأَنَّ هذا أَحَدُ نَوْعَيْ اللُّقَطَةِ وقد رَوَيْنَا في هذا الْبَابِ عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي

اللَّهُ عنه أَنَّهُ قال لِوَاجِدِ الْبَعِيرِ الضَّالِّ أَرْسِلْهُ حَيْثُ وَجَدْتَهُ وَهَذَا يَدُلُّ على انْتِفَاءِ وُجُوبِ الضَّمَانِ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُصْنَعُ بها فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إذَا أَخَذَ اللُّقَطَةَ فإنه يُعَرِّفُهَا لِمَا رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال عَرِّفْهَا حَوْلًا حين سُئِلَ عن اللُّقَطَةِ
وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلًا جاء إلَى عبد اللَّهِ بن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ تَعَالَى عنهما فقال إنِّي وَجَدْت لُقَطَةً فما تَأْمُرُنِي فيها فقال عَرِّفْهَا سَنَةً
وَرَوَيْنَا عن سَيِّدِنَا عُمَرَ رضي اللَّهُ عنه أَنَّهُ أَمَرَ بِتَعْرِيفِ الْبَعِيرِ الضَّالِّ ثُمَّ نَقُولُ الْكَلَامُ في التَّعْرِيفِ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا في مُدَّةِ التَّعْرِيفِ
وَالثَّانِي في بَيَانِ مَكَانِ التَّعْرِيفِ أَمَّا مُدَّةُ التَّعْرِيفِ فَيَخْتَلِفُ قَدْرُ الْمُدَّةِ لِاخْتِلَافِ قَدْرِ اللُّقَطَةِ إنْ كان شيئا له قِيمَةٌ تَبْلُغُ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا يُعَرِّفُهُ حَوْلًا وَإِنْ كان شيئا قِيمَتُهُ أَقَلُّ من عَشَرَةٍ يُعَرِّفُهُ أَيَّامًا على قَدْرِ ما يَرَى
وَرَوَى الْحَسَنُ بن زِيَادٍ عن أبي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قال التَّعْرِيفُ على خَطَرِ الْمَالِ إنْ كان مِائَةً وَنَحْوَهَا عَرَّفَهَا سَنَةً وَإِنْ كان عَشَرَةً وَنَحْوَهَا عَرَّفَهَا شَهْرًا وَإِنْ كان ثَلَاثَةً وَنَحْوَهَا عَرَّفَهَا جُمُعَةً أو قال عَشَرَةً وَإِنْ كان دِرْهَمًا وَنَحْوَهُ عَرَّفَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَإِنْ كان دَانَقًا وَنَحْوَهُ عَرَّفَهُ يَوْمًا وَإِنْ كان تَمْرَةً أو كِسْرَةً تَصَدَّقَ بها وَإِنَّمَا تَكْمُلُ مُدَّةَ التَّعْرِيفِ إذَا كان مِمَّا لَا يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ فَإِنْ خَافَ الْفَسَادَ لم تَكْمُلْ وَيَتَصَدَّقُ بها
وَأَمَّا مَكَانُ التَّعْرِيفِ فَالْأَسْوَاقُ وَأَبْوَابُ الْمَسَاجِدِ لِأَنَّهَا مَجْمَعُ الناس وَمَمَرُّهُمْ فَكَانَ التَّعْرِيفُ فيها أَسْرَعَ إلَى تَشْهِيرِ الْخَبَرِ ثُمَّ إذَا عَرَّفَهَا فَإِنْ جاء صَاحِبُهَا وأقام (((وتقام))) الْبَيِّنَةُ أنها مِلْكُهُ أَخَذَهَا لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ من وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ وَإِنْ لم يُقِمْ الْبَيِّنَةَ وَلَكِنَّهُ ذَكَرَ الْعَلَامَةَ بِأَنْ وَصَفَ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا وَوَزْنَهَا وَعَدَدَهَا يَحِلُّ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَدْفَعَ إلَيْهِ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ منه كَفِيلًا لِأَنَّ الدَّفْعَ بِالْعَلَامَةِ مِمَّا قد وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ في الْجُمْلَةِ كما في اللَّقِيطِ إلَّا أَنَّ هُنَاكَ يُجْبَرُ على الدَّفْعِ وَهُنَا لَا يُجْبَرُ لِأَنَّ هُنَاكَ يُجْبَرُ على الدَّفْعِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى فَمَعَ الْعَلَامَةِ أَوْلَى رهنا (((وهنا))) لَا عِبْرَةَ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى بِالْإِجْمَاعِ فَجَازَ أَنْ يُجْبَرَ على الدَّفْعِ مع الْعَلَامَةِ وَلَكِنْ يَحِلُّ له الدَّفْعُ وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ كَفِيلًا لِجَوَازِ مَجِيءِ آخَرَ فيدعها (((فيدعيها))) وَيُقِيمُ الْبَيِّنَةَ ثُمَّ إذَا عَرَّفَهَا ولم يَحْضُرْ صَاحِبُهَا مُدَّةَ التَّعْرِيفِ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا إلَى أَنْ يَحْضُرَ صَاحِبُهَا وَإِنْ شَاءَ تَصَدَّقَ بها على الْفُقَرَاءِ وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَنْتَفِعَ بها فَإِنْ كان غَنِيًّا لَا يَجُوزُ أَنْ يَنْتَفِعَ بها عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ إذَا عَرَّفَهَا حَوْلًا ولم يَحْضُرْ صَاحِبُهَا كان له أَنْ يَنْتَفِعَ بها وَإِنْ كان غَنِيًّا وَتَكُونُ قَرْضًا عليه
وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم قال لِمَنْ سَأَلَهُ عن اللُّقَطَةِ عَرِّفْهَا حَوْلًا فَإِنْ جاء صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنُك بها وَهَذَا إطْلَاقُ الِانْتِفَاعِ لِلْمُلْتَقِطِ من غَيْرِ السُّؤَالِ عن حَالِهِ أَنَّهُ فَقِيرٌ أو غَنِيٌّ بَلْ إنَّ الْحُكْمَ لَا يَخْتَلِفُ

وَلَنَا ما رُوِيَ عن رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم أَنَّهُ قال لَا تَحِلُّ اللُّقَطُ فَمَنْ الْتَقَطَ شيئا فَلْيُعَرِّفْهُ سَنَةً فَإِنْ جَاءَهُ صَاحِبُهَا فَلْيَرُدَّهَا عليه وَإِنْ لم يَأْتِ فَلْيَتَصَدَّقْ
وَالِاسْتِدْلَالُ بِهِ من وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ نَفَى الْحِلَّ مُطْلَقًا وَحَالَةُ الْفَقْرِ غَيْرُ مُرَادَةٍ بِالْإِجْمَاعِ فَتَعَيَّنَ حَالَةُ الْغِنَى
وَالثَّانِي أَنَّهُ أَمَرَ بِالتَّصَدُّقِ وَمَصْرِفُ الصَّدَقَةِ الْفَقِيرُ دُونَ الْغَنِيِّ وإن الِانْتِفَاعَ بِمَالِ الْمُسْلِمِ بِغَيْرِ إذْنِهِ لَا يَجُوزُ إلَّا لِضَرُورَةٍ وَلَا ضَرُورَةَ إذَا كان غَنِيًّا
وَأَمَّا الْحَدِيثُ فَلَا حُجَّةَ لهِ فيه لِأَنَّ قَوْلَهُ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَشَأْنُك بها إرْشَادٌ إلَى الِاشْتِغَالِ بِالْحِفْظِ لِأَنَّ ذلك كان شَأْنَهُ الْمَعْهُودَ باللقطة (((باللقط))) إلَى هذه الْغَايَةِ أو يَحْمِلُهُ على هذا تَوْفِيقًا بين الْحَدِيثَيْنِ صِيَانَةً لَهُمَا عن التَّنَاقُضِ وإذا تَصَدَّقَ بها على الْفُقَرَاءِ فإذا جاء صَاحِبُهَا كان له الْخِيَارُ إنْ شَاءَ أَمْضَى الصَّدَقَةَ وَلَهُ ثَوَابُهَا وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْمُلْتَقِطَ أو الْفَقِيرَ إنْ وَجَدَهُ لِأَنَّ التَّصَدُّقَ كان مَوْقُوفًا على إجَازَتِهِ وَأَيُّهُمَا ضَمِنَ لم يَرْجِعْ على صَاحِبِهِ كما في غَاصِبِ الْغَاصِبِ وَإِنْ كان فَقِيرًا فَإِنْ شَاءَ تَصَدَّقَ بها على الْفُقَرَاءِ وَإِنْ شَاءَ أَنْفَقَهَا على نَفْسِهِ فإذا جاء صَاحِبُهَا خَيَّرَهُ بين الْأَجْرِ وَبَيْنَ أَنْ يَضْمَنَهَا له على ما ذَكَرْنَا
وَكَذَلِكَ إذَا كان غَنِيًّا جَازَ له أَنْ يَتَصَدَّقَ بها على أبيه وَابْنِهِ وَزَوْجَتِهِ إذَا كَانُوا فُقَرَاءَ وَكُلُّ جَوَابٍ عَرَفْتَهُ في لُقَطَةِ الْحِلِّ فَهُوَ الْجَوَابُ في لُقَطَةِ الْحَرَمِ يُصْنَعُ بها ما يُصْنَعُ بِلُقَطِ الْحِلِّ من التَّعْرِيفِ وَغَيْرِهِ وَهَذَا عِنْدَنَا وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لُقَطَةُ الْحَرَمِ تُعَرَّفُ أَبَدًا وَلَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بها بِحَالٍ
وَاحْتَجَّ بِمَا رُوِيَ عن النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال في صِفَةِ مَكَّةَ وَلَا تَحِلُّ لُقَطَتُهَا إلَّا لِمُنْشِدٍ أَيْ لِمُعَرِّفٍ فَالْمُنْشِدُ الْمُعَرِّفُ وَالنَّاشِدُ الطَّالِبُ وهو الْمَالِكُ وَمَعْنَى الحديث أَنَّهُ لَا تَحِلُّ لُقَطَةُ الْحَرَمِ إلَّا لِلتَّعْرِيفِ
وَلَنَا ما ذَكَرْنَا من الدَّلَائِلِ من غَيْرِ فَصْلٍ بين لُقَطَةِ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ وَلَا حُجَّةَ له في الحديث لِأَنَّا نَقُولُ بِمُوجِبِهِ أنه لَا يَحِلُّ الْتِقَاطُهَا إلَّا

لِلتَّعْرِيفِ وَهَذَا حَالُ كل لُقَطَةٍ إلَّا أَنَّهُ خَصَّ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لُقَطَةَ الْحَرَمِ بِذَلِكَ لِمَا لَا يُوجَدُ صَاحِبُهَا عَادَةً فَتَبَيَّنَ أَنَّ ذَا لَا يُسْقِطُ التَّعْرِيفَ وَكَذَلِكَ حُكْمُ الضَّالَّةِ في جَمِيعِ ما وَصَفْنَا وَتَنْفَرِدُ بِحُكْمٍ آخَرَ وهو النَّفَقَةُ فَإِنْ أَنْفَقَ عليها بِأَمْرِ الْقَاضِي يَكُونُ دَيْنًا على مَالِكِهَا وَإِنْ أَنْفَقَ بِغَيْرِ إذْنِهِ يَكُونُ مُتَطَوِّعًا فَيَنْبَغِي أَنْ يَرْفَعَ الْأَمْرَ إلَى الْقَاضِي يَنْظُرُ في ذلك فَإِنْ كانت بَهِيمَةً يُحْتَمَلُ الِانْتِفَاعُ بها بِطَرِيقِ الْإِجَارَةِ أَمَرَهُ بِأَنْ يُؤَاجِرَهَا وَيُنْفِقَ عليها من أُجْرَتِهَا نَظَرًا لِلْمَالِكِ
وَإِنْ كانت مِمَّا لَا يُحْتَمَلُ الِانْتِفَاعُ بها بِطَرِيقِ الْإِجَارَةِ وَخَشِيَ أَنْ لو أَنْفَقَ عليها أَنْ تَسْتَغْرِقَ النَّفَقَةُ قِيمَتَهَا أَمَرَهُ بِبَيْعِهَا وَحِفْظِ ثَمَنِهَا مَقَامَهَا في حُكْمِ الْهَلَاكِ
وَإِنْ رَأَى الإصلاح (((الأصلح))) أَنْ لَا يَبِيعَهَا بَلْ يُنْفِقُ عليها أَمَرَهُ بِأَنْ يُنْفِقَ عليها لَكِنْ نَفَقَةً لَا تَزِيدُ على قِيمَتِهَا وَيَكُونُ ذلك دَيْنًا على صَاحِبِهَا حتى إذَا حَضَرَ يَأْخُذُ منه النَّفَقَةَ وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ اللُّقَطَةَ بِالنَّفَقَةِ كما يَحْبِسُ الْمَبِيعَ بِالثَّمَنِ وَإِنْ أَبَى أَنْ يُؤَدِّيَ النَّفَقَةَ بَاعَهَا الْقَاضِي وَدَفَعَ إلَيْهِ قَدْرَ ما أَنْفَقَ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ

كِتَابُ الْإِبَاقِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في مَوَاضِعَ في تَفْسِيرِ الْآبِقِ وفي بَيَانِ حَالِهِ وفي بَيَانِ ما يُصْنَعُ بِهِ وفي بَيَانِ حُكْمِ مَالِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالْآبِقُ اسْمٌ لِرَقِيقٍ يَهْرَبُ من مَوْلَاهُ وَأَمَّا حَالُهُ فَحَالُ اللُّقَطَةِ قبل الْأَخْذِ وَبَعْدَهُ وقد ذَكَرْنَا تَفَاصِيلَهُ في كِتَابِ اللُّقَطَةِ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ ما يُصْنَعُ بِهِ فَنَقُولُ وَبِاَللَّهِ التَّوْفِيقُ إذَا أُخِذَ الْآبِقُ لِصَاحِبِهِ فَإِنْ شَاءَ الْآخِذُ أَمْسَكَهُ على صَاحِبِهِ حتى يَجِيءَ فَيَأْخُذَهُ وَإِنْ شَاءَ ذَهَبَ بِهِ إلَى صَاحِبِهِ فَرَدَّهُ عليه فَإِنْ أَمْسَكَهُ فَجَاءَ إنْسَانٌ وَادَّعَى أَنَّهُ عَبْدُهُ فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ دَفَعَهُ إلَيْهِ وَأَخَذَ منه كَفِيلًا إنْ شَاءَ لِجَوَازِ أَنْ يَجِيءَ آخَرُ فَيَدَّعِيه وَيُقِيمَ الْبَيِّنَةَ فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْثِقَ بِكَفِيلٍ وَإِنْ لم يَكُنْ له بَيِّنَةٌ وَلَكِنْ أَقَرَّ الْعَبْدُ بِذَلِكَ دَفَعَهُ إلَيْهِ أَيْضًا لِأَنَّهُ ادَّعَى شيئا لَا يُنَازِعُهُ فيه أَحَدٌ فَيَكُونُ له وَيَأْخُذُ منه كَفِيلًا إنْ شَاءَ لِمَا قُلْنَا وما أَنْفَقَ عليه فَإِنْ كان بِإِذْنِ الْقَاضِي يَرْجِعُ بِهِ على صَاحِبِهِ وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّهُ يَكُونُ مُتَطَوِّعًا فَإِنْ طَالَتْ الْمُدَّةُ ولم يجىء (((يجئ))) له طَالِبٌ بَاعَهُ الْقَاضِي وَأَخَذَ ثَمَنَهُ يَحْفَظُهُ على صَاحِبِهِ لِأَنَّ ذلك حِفْظٌ له مَعْنًى فَإِنْ بَاعَهُ وَأَخَذَ ثَمَنَهُ ثُمَّ جاء إنْسَانٌ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ عَبْدُهُ دَفَعَ الثَّمَنَ إلَيْهِ وَلَيْسَ له أَنْ يَنْقُضَ الْبَيْعَ لِأَنَّ الْبَيْعَ من الْقَاضِي صَدَرَ عن وِلَايَةٍ شَرْعِيَّةٍ لِأَنَّهُ من بَابِ حِفْظِ مَالِهِ إذْ لو لم يَبِعْ لَأَتَتْ النَّفَقَةُ على جَمِيعِ قِيمَتِهِ فَيَضِيعُ الْمَالُ فَكَانَ بَيْعُهُ حِفْظًا له من حَيْثُ الْمَعْنَى وَالْقَاضِي يَمْلِكُ مَالَ الْغَائِبِ وَلِهَذَا يَبِيعُ ما يَتَسَارَعُ إلَيْهِ الْفَسَادُ
وَلَوْ زَعَمَ الْمُدَّعِي أَنَّهُ قد كان دَبَّرَهُ أو كَاتَبَهُ لم يُصَدَّقْ في نَقْضِ الْبَيْعِ لِمَا قُلْنَا وَيُنْفِقُ الْقَاضِي عليه في مُدَّةِ حَبْسِهِ إيَّاهُ من بَيْتِ الْمَالِ ثُمَّ إذَا جاء صَاحِبُهُ أَخَذَهُ من صحابه (((صاحبه))) أو من ثَمَنِهِ إنْ بَاعَهُ لِأَنَّ الْإِنْفَاقَ عليه إحْيَاءُ مَالِهِ فَيَكُونُ عليه وإذا جاء بِالْآبِقِ له أَنْ يُمْسِكَهُ بِالْجُعْلِ لِأَنَّهُ إذَا جاء بِهِ فَقَدْ اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ على مَالِكِهِ فَكَانَ له حَقُّ حَبْسِهِ بِالْجُعْلِ كما يُحْبَسُ الْمَبِيعُ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ
وَلَوْ هَلَكَ في حَالِ الْحَبْسِ لَا ضَمَانَ عليه لَكِنْ يَسْقُطُ الْجُعْلُ كما لَا ضَمَانَ على الْبَائِعِ بِهَلَاكِ الْمَبِيعِ الْمَحْبُوسِ بِالثَّمَنِ لَكِنْ يَسْقُطُ الثَّمَنُ عن الْمُشْتَرِي وَلَا يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي في الرَّقِيقِ في قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُقْبَلُ في الْعَبْدِ وَلَا يُقْبَلُ في الْجَارِيَةِ وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ في كِتَابِ الْقَاضِي في بَيَانِ شَرَائِطِ قَبُولِ كِتَابِ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ حُكْمِ مَالِهِ فَهُوَ اسْتِحْقَاقُ الْجُعْلِ عِنْدَنَا اسْتِحْسَانًا وَالْكَلَامُ في الْجُعْلِ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ أَصْلِ الِاسْتِحْقَاقِ وفي بَيَانِ سَبَبِهِ وفي بَيَانِ شَرْطِهِ وفي بَيَانِ ما يُسْتَحَقُّ عليه وفي بَيَانِ قَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ
أَمَّا أَصْلُ الِاسْتِحْقَاقِ فَثَابِتٌ عِنْدَنَا اسْتِحْسَانًا وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَثْبُتَ أَصْلًا كما لَا يَثْبُتُ بِرَدِّ الضَّالَّةِ
وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يَثْبُتُ بِالشَّرْطِ وَلَا يَثْبُتُ بِدُونِهِ حتى لو شَرَطَ الْآخِذُ الْجُعْلَ على الْمَالِكِ وَجَبَ وَإِلَّا فَلَا
وَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ رَدُّ مَالِ الْغَيْرِ عليه مُحْتَسِبًا فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ كما لو رَدَّ الضَّالَّةَ إلَّا إذَا شَرَطَ فَيَجِبُ عليه بِحُكْمِ الشَّرْطِ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ
وَلَنَا ما رَوَاهُ محمد بن الْحَسَنِ عليه الرَّحْمَةُ عن أبي عَمْرٍو الشَّيْبَانِيِّ أَنَّهُ قال كُنْت قَاعِدًا عِنْدَ عبد اللَّهِ

بِنِ مَسْعُودٍ فَجَاءَ رَجُلٌ فقال قَدِمَ فُلَانٌ بِإِبَاقٍ من الْقَوْمِ فقال الْقَوْمُ لقد أَصَابَ أَجْرًا
فقال عبد اللَّهِ رضي اللَّهُ عنه وَجُعْلًا إنْ شَاءَ من كل رَأْسٍ دِرْهَمًا ولم يُنْقَلْ أَنَّهُ أَنْكَرَ عليه مُنْكِرٌ فَيَكُونُ إجْمَاعًا وَلِأَنَّ جُعْلَ الْآبِقِ طَرِيقُ صِيَانَةٍ عن الضَّيَاعِ لِأَنَّهُ لَا يُتَوَصَّلُ إلَيْهِ بِالطَّلَبِ عَادَةً إذْ ليس له مَقَامٌ مَعْلُومٌ يُطْلَبُ هُنَاكَ فَلَوْ لم يَأْخُذْهُ لَضَاعَ وَلَا يُؤْخَذُ لِصَاحِبِهِ وَيَتَحَمَّلُ مُؤْنَةَ الْأَخْذِ وَالرَّدِّ عليه مَجَّانًا بِلَا عِوَضٍ عَادَةً وإذا عَلِمَ أَنَّ له عليه جُعْلًا يَحْمِلُ مَشَقَّةَ الْأَخْذِ وَالرَّدِّ طَمَعًا في الْجُعْلِ فَتَحْصُلُ الصِّيَانَةُ عن الضَّيَاعِ فَكَانَ اسْتِحْقَاقُ الْجُعْلِ طَرِيقَ صِيَانَةِ الْآبِقِ عن الضَّيَاعِ وَصِيَانَةُ الْمَالِ عن الضَّيَاعِ وَاجِبٌ فَكَانَ الْمَالِكُ شَارِطًا لِلْأَجْرِ عِنْدَ الْأَخْذِ وَالرَّدِّ دَلَالَةً بِخِلَافِ الضَّالَّةِ لِأَنَّ الدَّابَّةَ إذَا ضَلَّتْ فَإِنَّهَا تَرْعَى في الْمَرَاعِي الْمَأْلُوفَةِ فَيُمْكِنُ الْوُصُولُ إلَيْهَا بِالطَّلَبِ عَادَةً فَلَا تَضِيعُ دُونَ الْأَخْذِ فَلَا حَاجَةَ إلَى الصِّيَانَةِ بِالْجُعَلِ فَإِنْ أَخَذَهُ أَحَدٌ كان في الْأَخْذِ وَالرَّدِّ مُحْتَسِبًا فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ فَهُوَ الْفَرْقُ وَأَمَّا سَبَبُ اسْتِحْقَاقِ الْجُعْلِ فَهُوَ الْأَخْذُ لِصَاحِبِهِ لِأَنَّهُ طَرِيقُ الصِّيَانَةِ على الْمَالِكِ وهو مَعْنَى التَّسَبُّبِ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الِاسْتِحْقَاقِ فَأَنْوَاعٌ منها الرَّدُّ على الْمَالِكِ لِأَنَّ الصِّيَانَةَ تَحْصُلُ عِنْدَهُ وهو مَعْنَى الشَّرْطِ أَنْ تُوجَدَ الْعِلَّةُ عِنْدَ وُجُودِهِ حتى لو أَخَذَهُ فَمَاتَ أو أَبِقَ من يَدِهِ قبل الرَّدِّ لَا يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ وَلَوْ أَخَذَهُ فَأَبِقَ من يَدِهِ فَأَخَذَهُ غَيْرُهُ فَرَدَّهُ على الْمَالِكِ فَالْجُعْلُ لِلثَّانِي وَلَا شَيْءَ لِلْأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَمَّا أَبِقَ من يَدِهِ فَقَدْ انْفَسَخَ ذلك السَّبَبُ أو بَقِيَ ذلك سَبَبًا مَحْضًا لِانْعِدَامِ شَرْطِهِ وهو الرَّدُّ على الْمَالِكِ وقد وُجِدَ السَّبَبُ وَالشَّرْطُ من الثَّانِي فَكَانَ الْأَوَّلُ صَاحِبَ سَبَبٍ مَحْضٍ وَالسَّبَبُ الْمَحْضُ لَا حُكْمَ له وَالثَّانِي صَاحِبَ عِلَّةٍ فَيَكُونُ الْجُعْلُ له
وَلَوْ كان الرَّادُّ وَاحِدًا وَالْآبِقُ اثْنَيْنِ فَلَهُ جُعْلَانِ لِوُجُودِ سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ وَشَرْطِهِ في كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَوْ كان الرَّادُّ اثْنَيْنِ وَالْآبِقُ وَاحِدًا فَلَهُمَا جُعْلٌ وَاحِدٌ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ لِاشْتِرَاكِهِمَا في مُبَاشَرَةِ السَّبَبِ وَالشَّرْطِ وَلَوْ كان الرَّادُّ وَاحِدًا وَالْآبِقُ وَاحِدًا وَالْمَالِكُ اثْنَيْنِ فَعَلَيْهِمَا جُعْلٌ وَاحِدٌ على قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا
وَلَوْ جاء بِالْآبِقِ فَوَجَدَ الْمَالِكَ قد مَاتَ فَلَهُ الْجُعْلُ في تَرِكَتِهِ لِوُجُودِ الرَّدِّ على الْمَالِكِ من حَيْثُ الْمَعْنَى بِالرَّدِّ على التَّرِكَةِ ثُمَّ إنْ كان عليه دَيْنٌ مُحِيطٌ بِمَالِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِالْعَبْدِ حتى يُعْطِي الْجُعْلَ لِمَا ذَكَرْنَا وَإِنْ لم يَكُنْ له مَالٌ سِوَى الْعَبْدِ يُقَدَّمُ الْجُعْلُ على سَائِرِ الدُّيُونِ فَيُبَاعُ الْعَبْدُ وَيُبْدَأُ بِالْجُعْلِ من ثَمَنِهِ ثُمَّ يُقَسَّمُ الْبَاقِي بين الْغُرَمَاءِ لِأَنَّهُ كان أَحَقَّ بِحَبْسِهِ من بَيْنِ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ لِاسْتِيفَاءِ الْجُعْلِ فَكَانَ أَحَقَّ بِثَمَنِهِ بِقَدْرِ الْجُعْلِ كَالْمُرْتَهِنِ هذا إذَا جاء بِهِ أَجْنَبِيٌّ فَوَجَدَ الْمَالِكَ قد مَاتَ فَأَمَّا إذَا جاء بِهِ وَارِثُ الْمَيِّتِ فَوَجَدَ مُوَرِّثَهُ قد مَاتَ فَلَهُ الْجُعْلُ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ إذَا كان الْمَالِكُ حَيًّا وَقْتَ الْأَخْذِ
وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ لَا جُعْلَ له وَإِنْ كان حَيًّا وَقْتَ الْأَخْذِ إذَا مَاتَ قبل الْوُصُولِ إلَيْهِ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّهُ فَاتَ شَرْطُ الِاسْتِحْقَاقِ وهو الرَّدُّ على الْمَالِكِ لِأَنَّهُ رَدٌّ على نَفْسِهِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أن الْمَجِيءَ بِهِ من مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مَثَلًا في حَالِ حَيَاةِ الْمَالِكِ على قَصْدِ الرَّدِّ رَدَّ على الْمَالِكِ فَيَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ كما إذَا وَجَدَهُ حَيًّا وَلِهَذَا لو كان الرَّادُّ أَجْنَبِيًّا اسْتَحَقَّ الْجُعْلَ لِمَا قُلْنَا كَذَا هذا
وَلَوْ جاء بِهِ فَأَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ قبل أَنْ يَرُدَّهُ عليه أو بَاعَهُ منه فَلَهُ الْجُعْلُ لِمَا ذَكَرْنَا

أَنَّ الْمَجِيءَ بِهِ على قَصْدِ الرَّدِّ على الْمَالِكِ رَدٌّ عليه وَيَجِبُ الْجُعْلُ بِرَدِّ الْآبِقِ الْمَرْهُونِ لِوُجُودِ سَبَبِ الْوُجُوبِ وَشَرْطِهِ وهو الرَّدُّ على الْمَالِكِ إلَّا أَنَّهُ يَجِبُ على الْمُرْتَهِنِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الصِّيَانَةِ رَجَعَتْ إلَيْهِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو ضَاعَ يَسْقُطُ دَيْنُهُ بِقَدْرِ قِيمَتِهِ فإذا كانت الْمَنْفَعَةُ له كانت الْمَضَرَّةُ عليه لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ وَسَوَاءً كان الرَّادُّ بَالِغًا أو صَبِيًّا حُرًّا أو عَبْدًا لِأَنَّ الصَّبِيَّ من أَهْلِ اسْتِحْقَاقِ الْأَجْرِ بِالْعَمَلِ وَكَذَا الْعَبْدُ إلَّا أَنَّ الْجُعْلَ لِمَوْلَاهُ لِأَنَّهُ ليس من أَهْلِ مِلْكِ الْمَالِ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
وَمِنْهَا أَنْ لَا يَكُونَ الرَّادُّ على الْمَالِكِ في عِيَالِ الْمَالِكِ حتى لو كان في عِيَالِهِ لَا جُعْلَ له سَوَاءٌ كان وَارِثًا أو أَجْنَبِيًّا لِأَنَّهُ إذَا كان في عِيَالِهِ كان الرَّدُّ منه بِمَنْزِلَةِ رَدِّ الْمَالِكِ وَلِأَنَّهُ إذَا كان في عِيَالِهِ كان في الرَّدِّ عليه عَامِلًا لِنَفْسِهِ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الرَّدِّ تَعُودُ إلَيْهِ وَمَنْ عَمِلَ لِنَفْسِهِ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ على غَيْرِهِ
وَالْأَصْلُ أَنَّ الرَّادَّ إذَا كان في عِيَالِ الْمَالِكِ لَا جُعْلَ له كَائِنًا ما كان وَإِنْ لم يَكُنْ في عِيَالِهِ فَلَهُ الْجُعْلُ كَائِنًا ما كان إلَّا الِابْنَ يَرُدُّ آبِقَ أبيه وَالزَّوْجَ يَرُدُّ آبِقَ زَوْجَتِهِ أَنَّهُ لَا جُعْلَ لَهُمَا وَإِنْ لم يَكُونَا في عِيَالِهِمَا لِأَنَّ الِابْنَ وَإِنْ لم يَكُنْ في عِيَالِ أبيه فَالرَّدُّ منه يَجْرِي مَجْرَى الْخِدْمَةِ لِأَبِيهِ وَالِابْنُ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِخِدْمَةِ أبيه لِأَنَّهَا

مُسْتَحَقَّةٌ عليه وَلِهَذَا لو اسْتَأْجَرَ ابْنَهُ لِخِدْمَتِهِ لَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِخِلَافِ الْأَبِ مع ما أَنَّ الْأَوْلَادَ في الْعَادَاتِ يخفظون (((يحفظون))) أَمْوَالَ الْآبَاءِ لِطَمَعِ الِانْتِفَاعِ بها بِطَرِيقِ الْإِرْثِ فَكَانَ رَادًّا عَبْدَ نَفْسِهِ مَعْنًى إذْ كان بِالرَّدِّ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ وَكَذَلِكَ الزَّوْجُ إذَا رَدَّ عَبْدَ زَوْجَتِهِ فَقَدْ رَدَّ عَبْدَ نَفْسِهِ مَعْنًى لِأَنَّهُ يَنْتَفِعُ بمالها عَادَةً وَكَذَلِكَ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ فَلَا يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ
وَأَمَّا الْأَبُ إذَا رَدَّ عَبْدَ ابْنِهِ فَإِنْ كان في عِيَالِهِ لَا جُعْلَ له لِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّ الذي في عِيَالِهِ لَا جُعْلَ له فَالْقَرَابَةُ أَوْلَى وَإِنْ لم يَكُنْ في عِيَالِهِ فَلَهُ الْجُعْلُ لِأَنَّ الْأَبَ لَا يُسْتَخْدَمُ طَبْعًا وَشَرْعًا وَعَقْلًا وَلِهَذَا لو خَدَمَ بِالْأَجْرِ وَجَبَ الْأَجْرُ فَلَا يُمْكِنُ حَمْلُهُ على الْخِدْمَةِ فَيُحْمَلُ على طَلَبِ الْأَجْرِ
وَكَذَا الْآبَاءُ لَا يخفظون (((يحفظون))) أَمْوَالَ الْأَوْلَادِ لِلِانْتِفَاعِ بها بِطَرِيقِ الأرث لِأَنَّ مَوْتَهُمْ يَتَقَدَّمُ مَوْتَ الْأَوْلَادِ عَادَةً فلم يَتَحَقَّقْ مَعْنَى الرَّدِّ وَالْعَمَلُ لِنَفْسِهِ لِذَلِكَ افْتَرَقَ الْأَمْرَانِ
وَعَلَى هذا سَائِرُ ذَوِي الْأَرْحَامِ من الْأَخِ وَالْعَمِّ وَالْخَالِ وَغَيْرِهِمْ أَنَّ الرَّادَّ إنْ كان في عِيَالِ الْمَالِكِ لَا جُعْلَ له لِمَا قُلْنَا وَإِنْ لم يَكُنْ في عِيَالِهِ فَلَهُ الْجُعْلُ
وَعَلَى هذا الْوَصِيُّ إذَا رَدَّ عَبْدَ الْيَتِيمِ لَا جُعْلَ له لِأَنَّ الْيَتِيمَ في عِيَالِهِ وَحِفْظُ مَالِهِ مُسْتَحَقٌّ عليه فَلَا يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ على الرَّدِّ وَكَذَا عبد الْوَصِيِّ إذَا رَدَّ عَبْدَ الْيَتِيمِ لِأَنَّ رَدَّ عَبْدِهِ كَرَدِّهِ
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْمَرْدُودُ مَرْقُوقًا مُطْلَقًا كَالْقِنِّ وَالْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ حتى لو كان مُكَاتَبًا لَا جُعْلَ له لِأَنَّهُ ليس بِمَرْقُوقٍ على الْإِطْلَاقِ بَلْ هو فِيمَا يَرْجِعُ إلَى مَكَاسِبِهِ حُرٌّ وَلِهَذَا لم يَتَنَاوَلْهُ مُطْلَقُ اسْمِ الْمَمْلُوكِ في قَوْلِ الرَّجُلِ كُلُّ مَمْلُوكٍ لي حُرٌّ إلَّا بِالنِّيَّةِ بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ وَلِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْجُعْلِ مَعْلُولٌ

بِالصِّيَانَةِ عن الضَّيَاعِ وَلَا حَاجَةَ إلَى الصِّيَانَةِ في الْمُكَاتَبِ لِأَنَّهُ لَا يَهْرَبُ عَادَةً لِأَنَّ الْعَقْدَ في جَانِبِهِ غَيْرُ لَازِمٍ فَلَوْ لم يَقْدِرْ على بَدَلِ الْكِتَابَةِ يُعَجِّزُ نَفْسَهُ بِالْإِبَاءِ عن الْكَسْبِ بِخِلَافِ الْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ لِأَنَّهُمَا يُسْتَخْدَمَانِ عَادَةً فَلَعَلَّهُمَا يُكَلَّفَانِ ما لَا يُطِيقَانِ فَيَحْمِلُهُمَا ذلك على الْهَرَبِ فَتَقَعُ الْحَاجَةُ إلَى الصِّيَانَةِ بِالْجُعْلِ كما في الْقِنِّ إلَّا أَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْقِنِّ أَنَّهُ إذَا جاء بِالْقِنِّ وقد مَاتَ الْمَوْلَى قبل أَنْ يَصِلَ إلَيْهِ فَلَهُ الْجُعْلُ وَإِنَّ جاء بِالْمُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ وقد مَاتَ الْمَوْلَى قبل الْوُصُولِ إلَيْهِ لَا جُعْلَ له
وَوَجْهُ الْفَرْقِ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُمَا يُعْتَقَانِ بِمَوْتِ السَّيِّدِ فلم يُوجَدْ رَدُّ الْمَرْقُوقِ أَصْلًا فَلَا يَسْتَحِقُّ الْجُعْلَ بِخِلَافِ الْقِنِّ وَاَللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ من يستحقق (((يستحق))) عليه فَالْمُسْتَحَقُّ عليه هو الْمَالِكُ إذَا أَبِقَ من يَدِهِ لِأَنَّ الْجُعْلَ مُؤْنَةُ الرَّدِّ وَمَنْفَعَةُ الرَّدِّ عَائِدَةٌ إلَى الْمَالِكِ فَكَانَتْ الْمُؤْنَةُ عليه لِيَكُونَ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ وَلَوْ أَبَقَ عبد الرَّهْنِ من يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَالْجُعْلُ عليه لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الرَّدِّ تَعُودُ إلَيْهِ بِاعْتِبَارِ الْحَبْسِ الذي هو وَسِيلَةٌ إلَى اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ فَإِنْ كان في قِيمَةِ الْعَبْدِ فَضْلٌ على الدَّيْنِ يَجِبُ بِقَدْرِ الدَّيْنِ على الْمُرْتَهِنِ وَالزِّيَادَةُ على الرَّاهِنِ
وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ
فَصْلٌ وَأَمَّا بَيَانُ قَدْرِ الْمُسْتَحَقِّ فَيُنْظَرُ إنْ رَدَّهُ من مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا فَلَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا لِمَا رَوَيْنَا من حديث عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنهما وَإِنْ رَدَّهُ دُونَ ذلك فَبِحِسَابِهِ وَإِنْ رَدَّهُ من أَقْصَى الْمِصْرِ رَضَخَ له على قَدْرِ عَنَائِهِ وَتَعَبِهِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ بِمُقَابَلَةِ الْعَمَلِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ إلَّا أَنَّ الزِّيَادَةَ على مُدَّةِ السَّفَرِ سَقَطَ اعْتِبَارُهَا بِالشَّرْعِ فَيَبْقَى الْوَاجِبُ في الْمُدَّةِ بِمُقَابَلَةِ الْعَمَلِ فَيَزْدَادُ بِزِيَادَتِهِ وَيَنْقُصُ بِنُقْصَانِهِ
هذا إذَا كانت قِيمَةُ الْعَبْدِ أَكْثَرَ من الْجُعْلِ فَإِنْ كانت مِثْلَ الْجُعْلِ أو أَنْقَصَ منه يَنْقُصُ من قِيمَتِهِ دِرْهَمٌ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وقال أبو يُوسُفَ له الْجُعْلُ تَامًّا وَإِنْ كانت قِيمَةُ الْعَبْدِ دِرْهَمًا وَاحِدًا
وَاحْتَجَّ بِمَا رَوَيْنَا عن عبد اللَّهِ بن مَسْعُودٍ رضي اللَّهُ عنهما أَنَّهُ قال من كل رَأْسٍ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا اعْتَبَرَ الرَّأْسَ دُونَ الْقِيمَةِ
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ الْوَاجِبَ مَعْلُولٌ بِمَعْنَى الصِّيَانَةِ عن الضَّيَاعِ لِمَا ذَكَرْنَا وَلَا فَائِدَةَ في هذه الصِّيَانَةِ لو اعْتَبَرْنَا الرَّأْسَ دُونَ الْقِيمَةِ لِأَنَّهُ إنْ كان يُصَانُ من وَجْهٍ يَضِيعُ من وَجْهٍ آخَرَ فَلَا فَرْقَ بين الضَّيَاعِ بِتَرْكِ الْأَخْذِ وَالْإِمْسَاكِ وَبَيْنَ الضَّيَاعِ بِالْجُعْلِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَنْقُصَ من قِيمَتِهِ دِرْهَمٌ لِيَكُونَ الصَّوْنُ بِالْأَخْذِ مُفِيدًا
وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ على ما إذَا كانت قِيمَةُ كل رَأْسٍ أَكْثَرَ من أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا تَوْفِيقًا بين الدَّلَائِلِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ
وَاَللَّهُ عز وجل أَعْلَمُ

كِتَابُ السِّبَاقِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ في مَوْضِعَيْنِ في تَفْسِيرِ السِّبَاقِ وفي بَيَانِ شَرَائِطِ جَوَازِهِ
أَمَّا الْأَوَّلُ فَالسِّبَاقُ فِعَالٌ من السَّبْقِ وهو أَنْ يُسَابِقَ الرَّجُلُ صَاحِبَهُ في الْخَيْلِ

أو الْإِبِلِ وَنَحْوِ ذلك فيقول إنْ سَبَقْتُك فَكَذَا أو إنْ سَبَقْتَنِي فَكَذَا وَيُسَمَّى أَيْضًا رِهَانًا فِعَالًا من الرَّهْنِ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ جَوَازِهِ فَأَنْوَاعٌ منها أَنْ يَكُونَ في الْأَنْوَاعِ الْأَرْبَعَةِ الْحَافِرِ وَالْخُفِّ وَالنَّصْلِ وَالْقَدَمِ لا في غَيْرِهَا لِمَا رُوِيَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قال لَا سَبَقَ إلَّا في خُفٍّ أو حَافِرٍ أو نِصَالٍ إلَّا أَنَّهُ زِيدَ عليه السَّبْقُ في الْقَدَمِ بِحَدِيثِ سَيِّدَتِنَا عَائِشَةَ رضي اللَّهُ عنها فَفِيمَا وَرَاءَهُ بَقِيَ على أَصْلِ النَّفْيِ وَلِأَنَّهُ لَعِبٌ وَاللَّعِبُ حَرَامٌ في الْأَصْلِ إلَّا أَنَّ اللَّعِبَ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ صَارَ مُسْتَثْنًى من التَّحْرِيمِ شَرْعًا لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كُلُّ لَعِبٍ حَرَامٌ إلَّا مُلَاعَبَةَ الرَّجُلِ امْرَأَتَهُ وَقَوْسَهُ وَفَرَسَهُ حَرَّمَ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كُلَّ لَعِبٍ وَاسْتَثْنَى الْمُلَاعَبَةَ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ الْمَخْصُوصَةِ فَبَقِيَتْ الْمُلَاعَبَةُ بِمَا وَرَاءَهَا على أَصْلِ التَّحْرِيمِ إذْ الِاسْتِثْنَاءُ تَكَلُّمٌ بِالْبَاقِي بَعْدَ الثُّنْيَا وَكَذَا الْمُسَابَقَةُ بِالْخُفِّ صَارَتْ مُسْتَثْنَاةً من الحديث
وَبِمَا رُوِيَ عن سَعِيدِ بن الْمُسَيِّبِ أَنَّهُ قال إنَّ الْعَضْبَاءَ نَاقَةُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم كانت تَسْبِقُ كُلَّمَا دُفِعَتْ في سِبَاقٍ فَدُفِعَتْ يَوْمًا في إبِلٍ فَسُبِقَتْ فَكَانَتْ على الْمُسْلِمِينَ كَآبَةٌ إذْ سُبِقَتْ فقال رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم إنَّ الناس إذَا رَفَعُوا شيئا أو أَرَادُوا رَفْعَ شَيْءٍ وَضَعَهُ اللَّهُ وَكَذَا السَّبْقُ بِالْقَدَمِ لِمَا رَوَتْ سَيِّدَتُنَا عَائِشَةُ رضي اللَّهُ عنها أنها قالت سَابَقْت النبي عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فَسَبَقْتُهُ فلما حَمَلْتُ اللَّحْمَ سَابَقْتُهُ فَسَبَقَنِي فقلت هذه بِتِلْكَ فَصَارَتْ هذه الْأَنْوَاعُ مُسْتَثْنَاةً من التَّحْرِيمِ فَبَقِيَ ما وَرَاءَهَا على أَصْلِ الْحُرْمَةِ وَلِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِمَعْنًى لَا يُوجَدُ في غَيْرِهَا وهو الرِّيَاضَةُ وَالِاسْتِعْدَادُ لِأَسْبَابِ الْجِهَادِ في الْجُمْلَةِ فَكَانَتْ لَعِبًا صُورَةً وَرِيَاضَةً وَتَعَلُّمَ أَسْبَابِ الْجِهَادِ فَيَكُونُ جَائِزًا إذَا اسْتَجْمَعَ شَرَائِطَ الْجَوَازِ وَلَئِنْ كان لَعِبًا لَكِنَّ اللَّعِبَ إذَا تَعَلَّقَتْ بِهِ عَاقِبَةٌ حَمِيدَةٌ لَا يَكُونُ حَرَامًا وَلِهَذَا اسْتَثْنَى مُلَاعَبَةَ الْأَهْلِ لِتَعَلُّقِ عَاقِبَةٍ حَمِيدَةٍ بها وهو انْبِعَاثُ الشَّهْوَةِ الدَّاعِيَةِ إلَى الْوَطْءِ الذي هو سَبَبُ التَّوَالُدِ وَالتَّنَاسُلِ وَالسُّكْنَى وَغَيْرِ ذلك من الْعَوَاقِبِ الْحَمِيدَةِ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يُوجَدُ في غَيْرِ هذه الْأَشْيَاءِ فلم يَكُنْ في مَعْنَى المستنثى
(((المستثنى))) فَبَقِيَ تَحْتَ الْمُسْتَثْنَى
وَمِنْهَا أَنْ يَكُونَ الْخَطَرُ فيه من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ إلَّا إذَا وُجِدَ فيه مُحَلِّلًا حتى لو كان الْخَطَرُ من الْجَانِبَيْنِ جميعا ولم يُدْخِلَا فيه مُحَلِّلًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ في مَعْنَى الْقِمَارِ نحو أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ إنْ سَبَقْتنِي فَلَكَ عَلَيَّ كَذَا وَإِنْ سَبَقْتُك فَلِي عليه (((عليك))) كَذَا فَقَبِلَ الْآخَرُ
وَلَوْ قال أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ إنْ سَبَقْتَنِي فَلَكَ عَلَيَّ كَذَا وَإِنْ سَبَقْتُك فَلَا شَيْءَ عَلَيْك فَهُوَ جَائِزٌ لِأَنَّ الْخَطَرَ إذَا كان من أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ لَا يَحْتَمِلُ الْقِمَارَ فَيُحْمَلُ على التَّحْرِيضِ على اسْتِعْدَادِ أَسْبَابِ الْجِهَادِ في الْجُمْلَةِ بِمَالِ نَفْسِهِ وَذَلِكَ مَشْرُوعٌ كَالتَّنْفِيلِ من الْإِمَامِ بل (((وبل))) أَوْلَى لِأَنَّ هذا يَتَصَرَّفُ في مَالِ نَفْسِهِ بِالْبَدَلِ وَالْإِمَامُ بِالتَّنْفِيلِ يَتَصَرَّفُ فِيمَا لِغَيْرِهِ فيه حَقٌّ في الْجُمْلَةِ وهو الْغَنِيمَةُ فلما جَازَ ذلك فَهَذَا بِالْجَوَازِ أَوْلَى
وَكَذَلِكَ إذَا كان الْخَطَرُ من الْجَانِبَيْنِ وَلَكِنْ أَدْخَلَا فيه مُحَلِّلًا بِأَنْ كَانُوا ثَلَاثَةً لَكِنْ الْخَطَرُ من الإثنين منهم وَلَا خَطَرَ من الثَّالِثِ بَلْ إنْ سَبَقَ أَخَذَ الْخَطَرَ وان لم يَسْبِقْ لَا يَغْرَمُ شيئا فَهَذَا مِمَّا لَا بَأْسَ بِهِ أَيْضًا وَكَذَلِكَ ما يَفْعَلُهُ السَّلَاطِينُ وهو أَنْ يَقُولَ السُّلْطَانُ لِرَجُلَيْنِ من سَبَقَ مِنْكُمَا فَلَهُ كَذَا فَهُوَ جَائِزٌ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ ذلك من بَابِ التَّحْرِيضِ على اسْتِعْدَادِ أَسْبَابِ الْجِهَادِ خُصُوصًا من السُّلْطَانِ فَكَانَتْ مُلْحَقَةً بِأَسْبَابِ الْجِهَادِ
ثُمَّ الْإِمَامُ إذَا حَرَّضَ وَاحِدًا من الْغُزَاةِ على الْجِهَادِ بِأَنْ قال من دخل هذا

الْحِصْنِ أَوَّلًا فَلَهُ من النَّفْلِ كَذَا وَنَحْوَهُ جَازَ كَذَا هذا بل (((وبل))) أَوْلَى لِمَا بَيَّنَّا
وَمِنْهَا أَنْ تَكُونَ الْمُسَابَقَةُ فِيمَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَسْبِقَ وَيُسْبَقَ من الْأَشْيَاءِ الْأَرْبَعَةِ حتى لو كانت فِيمَا يُعْلَمُ أَنَّهُ يَسْبِقُ غَالِبًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ مَعْنَى التَّحْرِيضِ في هذه الصُّورَةِ لَا يَتَحَقَّقُ فَبَقِيَ الرِّهَانُ الْتِزَامُ الْمَالِ بِشَرْطٍ لَا مَنْفَعَةَ فيه فَيَكُونُ عَبَثًا وَلَعِبًا وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ

(6/206)

كِتَابُ الْوَدِيعَةِ الْكَلَامُ في هذا الْكِتَابِ يَقَعُ في مَوَاضِعَ في بَيَانِ رُكْنِ الع (((العقد))) وفي بَيَانِ شَرَائِطِ الرُّكْنِ وفي بَيَانِ حُكْمِ الْعَقْدِ وفي بَيَانِ حَالِ الْمَعْقُودِ عليه وفي بَيَانِ ما يُوجِبُ تَغَيُّرَ حَالِهِ
أَمَّا رُكْنُهُ فَهُوَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ وهو أَنْ يَقُولَ لِغَيْرِهِ أَوْدَعْتُكَ هذا الشَّيْءَ أو احْفَظْ هذا الشَّيْءَ لي أو خُذْ هذا الشَّيْءَ وَدِيعَةً عِنْدَكَ وما يَجْرِي مَجْرَاهُ وَيَقْبَلُهُ الْآخَرُ فإذا وُجِدَ ذلك فَقَدْ تَمَّ عَقْدُ الْوَدِيعَةِ
فَصْلٌ وَأَمَّا شَرَائِطُ الرُّكْنِ فَأَنْوَاعٌ منها عَقْلُ الْمُودَعِ فَلَا يَصِحُّ الْإِيدَاعُ من الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّ الْعَقْلَ شَرْطُ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ وَأَمَّا بُلُوغُهُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَنَا حتى يَصِحَّ الْإِيدَاعُ من الصَّبِيِّ الْمَأْذُونِ لِأَنَّ ذلك مِمَّا يَحْتَاجُ إلَيْهِ التَّاجِرُ فَكَانَ من تَوَابِعِ التِّجَارَةِ فَيَمْلِكُهُ الصَّبِيُّ الْمَأْذُونُ كما يَمْلِكُ التِّجَارَةَ
وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَمْلِكُ التِّجَارَةَ فَلَا يَمْلِكُ تَوَابِعَهَا على ما نَذْكُرُ في كِتَابِ الْمَأْذُونِ وَكَذَا حُرِّيَّتُهُ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فَيَمْلِكُ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ الْإِيدَاعَ لِمَا قُلْنَا في الصَّبِيِّ الْمَأْذُونِ
وَمِنْهَا عَقْلُ الْمُودَعِ فَلَا يَصِحُّ قَبُولُ الْوَدِيعَةِ من الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الذي لَا يَعْقِلُ لِأَنَّ حُكْمَ هذا الْعَقْدِ هو لُزُومُ الْحِفْظِ وَمَنْ لَا عَقْلَ له لَا يَكُونُ من أَهْلِ الْحِفْظِ وَأَمَّا بُلُوغُهُ فَلَيْسَ بِشَرْطٍ حتى يَصِحَّ قَبُولُ الْوَدِيعَةِ من الصَّبِيِّ الْمَأْذُونِ لِأَنَّهُ من أَهْلِ الْحِفْظِ
أَلَا تَرَى أَنَّهُ أَذِنَ له الْوَلِيُّ وَلَوْ لم يَكُنْ من أَهْلِ الْحِفْظِ لَكَانَ الْإِذْنُ له سَفَهًا وَأَمَّا الصَّبِيُّ الْمَحْجُورُ عليه فَلَا يَصِحُّ قَبُولُ الْوَدِيعَةِ منه لِأَنَّهُ لَا يَحْفَظُ الْمَالَ عَادَةً أَلَا تَرَى أَنَّهُ مُنِعَ منه مَالُهُ وَلَوْ قَبِلَ الْوَدِيعَةَ فَاسْتَهْلَكَهَا فَإِنْ كانت الْوَدِيعَةُ عَبْدًا أو أَمَةً يَضْمَنْ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ كانت سِوَاهُمَا فَإِنْ قَبِلَهَا بِإِذْنِ الْوَلِيِّ فَكَذَلِكَ وَإِنْ قَبِلَهَا بِغَيْرِ إذْنِهِ لَا ضَمَانَ عليه عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يَضْمَنُ
وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ إيدَاعَهُ لو صَحَّ فَاسْتَهْلَكَ الْوَدِيعَةَ يُوجِبُ الضَّمَانَ وَإِنْ لم يَصِحَّ جُعِلَ كَأَنَّهُ لم يَكُنْ فَصَارَ الْحَالُ بَعْدَ الْعَقْدِ كَالْحَالِ قَبْلَهُ وَلَوْ اسْتَهْلَكَهَا قبل الْعَقْدِ لَوَجَبَ عليه الضَّمَانُ إذَا كانت الْوَدِيعَةُ عَبْدًا أو أَمَةً
وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ إيدَاعَ الصَّبِيِّ الْمَحْجُورِ إهْلَاكٌ لِلْمَالِ مَعْنًى فَكَانَ فِعْلُ الصَّبِيِّ إهْلَاكَ مَالٍ قَائِمٍ صُورَةً لَا مَعْنًى فَلَا يَكُونُ مَضْمُونًا عليه وَدَلَالَةُ ما قُلْنَا إنه لَمَّا وَضَعَ الْمَالَ في يَدِهِ فَقَدْ وَضَعَ في يَدِ من لَا يَحْفَظُهُ عَادَةً وَلَا يَلْزَمُهُ الْحِفْظُ شَرْعًا وَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ عليه حِفْظُ الْوَدِيعَةِ شَرْعًا لِأَنَّ الصَّبِيَّ ليس من أَهْلِ

وُجُوبِ الشَّرَائِعِ عليه وَالدَّلِيلُ على أَنَّهُ لَا يَحْفَظُ الْوَدِيعَةَ عَادَةً أَنَّهُ مُنِعَ عنه مَالُهُ وَلَوْ كان يَحْفَظُ الْمَالَ عَادَةً لَدُفِعَ إلَيْهِ قال اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى { فَإِنْ آنَسْتُمْ منهم رُشْدًا فَادْفَعُوا إلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ } وَبِهَذَا فَارَقَ الْمَأْذُونَ لِأَنَّهُ يَحْفَظُ الْمَالَ عَادَةً

أَلَا تَرَى أَنَّهُ دُفِعَ إلَيْهِ مَالُهُ وَلَوْ لم يُوجَدْ منه الْحِفْظُ عَادَةً لَكَانَ الدَّفْعُ إلَيْهِ سَفَهًا بِخِلَافِ ما إذَا كانت الْوَدِيعَةُ عَبْدًا أو أَمَةً لِأَنَّ هُنَاكَ لَا يَجِبُ عليه ضَمَانُ الْمَالِ أَيْضًا وَإِنَّمَا يَجِبُ عليه ضَمَانُ الدَّمِ لِأَنَّ الضَّمَانَ الْوَاجِبَ بِقَتْلِ الْعَبْدِ ضَمَانُ الْآدَمِيِّ لَا ضَمَانَ الْمَالِ وَالْعَبْدُ من حَيْثُ إنَّهُ آدَمِيٌّ قَائِمٌ من كل وَجْهٍ قبل الْإِيدَاعِ وَبَعْدَهُ فَهُوَ الْفَرْقُ وَكَذَلِكَ حُرِّيَّةُ الْمُودَعِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِصِحَّةِ الْعَقْدِ حتى يَصِحَّ الْقَبُولُ من العبد المأذون ويترتب عليه أحكام العقد لأنه يحتاج إلى الإيداع والاستيداع على ما نذكر في كتاب المأذون

وأما الْعَبْدِ الْمَحْجُورِ فَلَا يَصِحُّ منه الْقَبُولُ لِأَنَّهُ لَا يَحْفَظُ الْمَالَ عَادَةً وَلَوْ قَبِلَهَا فَاسْتَهْلَكَهَا فَإِنْ كانت عَبْدًا أو أَمَةً يُؤْمَرُ الْمَوْلَى بِالدَّفْعِ أو الْفِدَاءِ وَإِنْ كانت سِوَاهُمَا فَإِنْ قَبِلَهَا بِإِذْنِ وَلِيِّهِ يَضْمَنُ بِالْإِجْمَاعِ وَإِنْ قَبِلَهَا بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهِ لَا يُؤَاخَذُ بِهِ في الْحَالِ عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ يُؤَاخَذُ بِهِ في الْحَالِ وَالْكَلَامُ في الطَّرَفَيْنِ على حَسَبِ ما ذَكَرنَا في الصَّبِيِّ الْمَحْجُورِ

فَصْلٌ وأما بيان حكم العقد فَحُكْمُهُ لُزُومُ الْحِفْظِ لِلْمَالِكِ لِأَنَّ الْإِيدَاعَ من جَانِبِ الْمَالِكِ اسْتِحْفَاظٌ وَمِنْ جَانِبِ الْمُودَعِ الْتِزَامُ الْحِفْظِ وهو من أَهْلِ الِالْتِزَامِ فَيَلْزَمُهُ لِقَوْلِهِ عليه الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ

وَالْكَلَامُ في الْحِفْظِ في مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا فِيمَا يُحْفَظُ بِهِ وَالثَّانِي فِيمَا فيه يُحْفَظُ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَالِاسْتِحْفَاظُ لَا يَخْلُو من أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا أو مُقَيَّدًا فَإِنْ كان مُطْلَقًا فَلِلْمُودَعِ أَنْ يَحْفَظَ بِيَدِ نَفْسِهِ وَمَنْ هو في عِيَالِهِ وهو الذي يَسْكُنُ معه وَيُمَوِّنُهُ فَيَكْفِيهِ

طَعَامَهُ وَشَرَابَهُ وَكِسْوَتَهُ كَائِنًا من كان قَرِيبًا أو أَجْنَبِيًّا من وَلَدِهِ وَامْرَأَتِهِ وَخَدَمِهِ وَأَجِيرِهِ لَا الذي اسْتَأْجَرَهُ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وبيد (((وبيده))) من ليس في عِيَالِهِ مِمَّنْ يَحْفَظُ مَالَهُ بِنَفْسِهِ عَادَةً كَشَرِيكِهِ الْمُفَاوِضِ وَالْعِنَانِ وَعَبْدِهِ الْمَأْذُونِ وَعَبْدِهِ الْمَعْزُولِ عن بَيْتِهِ

هذا عِنْدَنَا

وقال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ ليس له أَنْ يَحْفَظَ إلَّا بِيَدِ نَفْسِهِ إلَّا أَنْ يَسْتَعِينَ بِغَيْرِهِ من غَيْرِ أَنْ يَغِيبَ عن عَيْنِهِ حتى لو فَعَلَ يَدْخُلُ في ضَمَانِهِ

وَجْهُ قَوْلِهِ أَنَّ الْعَقْدَ تَنَاوَلَهُ دُونَ غَيْرِهِ فَلَا يَمْلِكُ الْإِيدَاعَ من غَيْرِهِ كما لَا يَمْلِكُ الْإِيدَاعَ سَائِرُ الْأَجَانِبِ

وَلَنَا أَنَّ الْمُلْتَزَمَ بِالْعَقْدِ هو الْحِفْظُ وَالْإِنْسَانُ لَا يَلْتَزِمُ بِحِفْظِ مَالِ غَيْرِهِ عَادَةً إلَّا بِمَا يَحْفَظُ بِهِ مَالَ نَفْسِهِ وَإِنَّهُ يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ بيده مَرَّةً وَبِيَدِ هَؤُلَاءِ أُخْرَى فَلَهُ أَنْ يَحْفَظَ الْوَدِيعَةَ بِيَدِهِمْ أَيْضًا فَكَانَ الْحِفْظُ بِأَيْدِيهِمْ دَاخِلًا تَحْتَ الْعَقْدِ دَلَالَةً وَكَذَا له أَنْ يَرُدَّ الْوَدِيعَةَ على أَيْدِيهِمْ حتى لو هَلَكَتْ قبل الْوُصُولِ إلَى الْمَالِكِ لَا ضَمَانَ عليه لِأَنَّ يَدَهُمْ يَدُ الْمُودَعِ مَعْنًى فما دَامَ المال في أَيْدِيهِمْ

كان مَحْفُوظًا بِحِفْظِهِ وَلَيْسَ له أَنْ يَدْفَعَ الْوَدِيعَةَ إلَى غَيْرِهِمْ إلَّا لِعُذْرٍ حتى لو دَفَعَ تَدْخُلُ في ضَمَانِهِ لِأَنَّ الْمَالِكَ ما رضي بيده أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَا يَرْضَى مَالَ نَفْسِهِ بيده فإذا دَفَعَ فَقَدْ صَارَ مُخَالِفًا فَتَدْخُلُ الْوَدِيعَةُ في ضَمَانِهِ إلَّا إذَا كان عن عُذْرٍ بِأَنْ وَقَعَ في دَارِهِ حَرِيقٌ أو كان في السَّفِينَةِ فَخَافَ الْغَرَقَ فَدَفَعَهُ إلَى غَيْرِهِ لِأَنَّ الدَّفْعَ إلَيْهِ في هذه الْحَالَةِ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لِلْحِفْظِ فَكَانَ الدَّفْعُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ دَلَالَةً فَلَا يَضْمَنُ فَلَوْ أَرَادَ السَّفَرَ فَلَيْسَ له أَنْ يُودِعَ لِأَنَّ السَّفَرَ ليس بِعُذْرٍ

وَلَوْ أَوْدَعَهَا عِنْدَ من ليس له أَنْ يُودِعَهُ فَضَاعَتْ في يَدِ الثَّانِي فَالضَّمَانُ على الْأَوَّلِ لَا على الثَّانِي عِنْدَ أبي حَنِيفَةَ وَعِنْدَ أبي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ الْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الثَّانِيَ فَإِنْ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ لَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الثَّانِي وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِيَ يَرْجِعْ بِهِ على الْأَوَّلِ

وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُ وَجَدَ من كل وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَبَبَ وُجُوبِ الضَّمَانِ

أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ دَفَعَ مَالَ الْغَيْرِ إلَى غَيْرِهِ بِغَيْرِ إذْنِهِ

وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إذْنِهِ وَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ فَيُخَيَّرُ الْمَالِكُ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الثَّانِيَ كَمُودَعِ الْغَاصِبِ مع الْغَاصِبِ غير أَنَّهُ إنْ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ لَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الثَّانِي لِأَنَّهُ مَلَكَ الْوَدِيعَة بِأَدَاءِ الضَّمَانِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَوْدَعَ مَالَهُ نَفْسَهُ إيَّاهُ فَهَذَا مُودَعٌ هَلَكَتْ الْوَدِيعَةُ في يَدِهِ فَلَا شَيْءَ عليه وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِيَ يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْأَوَّلَ غَرَّهُ بِالْإِيدَاعِ فَيَلْزَمُهُ ضَمَانُ الْغُرُورِ كَأَنَّهُ كَفَلَ عنه بِمَا يَلْزَمُهُ من الْعُهْدَةِ في هذا الْعَقْدِ إذْ ضَمَانُ الْغُرُورِ ضَمَانُ كَفَالَةٍ لِمَا عُلِمَ

وَجْهُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ أَنَّ يَدَ الْمُودَعِ الثَّانِي لَيْسَتْ بِيَدٍ مَانِعَةٍ بَلْ هِيَ يَدُ حِفْظٍ وَصِيَانَةِ الْوَدِيعَةِ عن أَسْبَابِ الْهَلَاكِ فَلَا يصح (((يصلح))) أَنْ يَكُونَ سَبَبًا لِوُجُوبِ الضَّمَانِ لِأَنَّهُ من بَابِ الْإِحْسَانِ إلَى الْمَالِكِ قال اللَّهُ جَلَّ شَأْنُهُ { ما على الْمُحْسِنِينَ من سَبِيلٍ } وكان يَنْبَغِي أَنْ لَا يَجِبَ الضَّمَانُ على الْأَوَّلِ أَيْضًا لِأَنَّ الْإِيدَاعَ منه مُبَاشَرَةُ سَبَبِ الصِّيَانَةِ وَالْحِفْظِ له فَكَانَ مُحْسِنًا فيه إلَّا أَنَّهُ صَارَ مَخْصُوصًا عن النَّصِّ فَبَقِيَ الْمُودَعُ الثَّانِي على ظَاهِرِهِ

وَلَوْ أَوْدَعَ غَيْرَهُ وَادَّعَى أَنَّهُ فَعَلَ عن عُذْرٍ لَا يُصَدَّقُ على ذلك إلَّا بِبَيِّنَةٍ عِنْدَ أبي يُوسُفَ وهو قِيَاسُ قَوْلِ أبي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ

كَذَا ذَكَرَ الشَّيْخُ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لِأَنَّ الدَّفْعَ إلَى غَيْرِهِ سَبَبٌ لِوُجُوبِ الضَّمَانِ في الْأَصْلِ فَدَعْوَى الضَّرُورَةِ دَعْوَى أَمْرٍ عَارِضٍ يُرِيدُ بِهِ دَفْعَ الضَّمَانِ عن نَفْسِهِ فَلَا يُصَدَّقُ إلَّا بِحُجَّةٍ هذا إذَا هَلَكَتْ الْوَدِيعَةُ في يَدِ الْمُودعِ الثَّانِي فَأَمَّا إذَا اسْتَهْلَكَهَا فَالْمَالِكُ بِالْخِيَارِ إنْ شَاءَ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الثَّانِي بِالْإِجْمَاعِ

غير أَنَّهُ إنْ ضَمَّنَ الْأَوَّلَ يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الثَّانِي وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِيَ لَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الْأَوَّلِ لِأَنَّ سَبَبَ وُجُوبِ الضَّمَانِ وُجِدَ من الثَّانِي حَقِيقَةً وهو الِاسْتِهْلَاكُ لِوُقُوعِهِ إعْجَازًا لِلْمَالِكِ عن الِانْتِفَاعِ بِمَالِهِ على طَرِيقِ الْقَهْرِ ولم يُوجَدْ من الْأَوَّلِ إلَّا الدَّفْعُ إلَى الثَّانِي على طَرِيقِ الِاسْتِحْفَاظِ دُونَ الْإِعْجَازِ إلَّا أَنَّهُ أُلْحَقَ ذلك بِالْإِعْجَازِ شَرْعًا في حَقِّ اخْتِيَارِ التَّضْمِينِ صُورَةً لِأَنَّهُ بَاشَرَ سَبَبَ الْإِعْجَازِ فَكَانَ الضَّمَانُ في الْحَقِيقَةِ على الثَّانِي لِأَنَّ إقْرَارَ الضَّمَانِ عليه لِذَلِكَ لم يَرْجِعْ الْأَوَّلُ على الثَّانِي ولم يَرْجِعْ الثَّانِي على الْأَوَّلِ بِخِلَافِ مُودِعِ الْغَاصِبِ إذَا هَلَكَ الْمَغْصُوبُ في يَدِهِ إنَّ الْمَالِكَ يَتَخَيَّرُ بين أَنْ يَضْمَنَ الْغَاصِبُ أو يَضْمَنَ الْمُودَعُ فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ لَا يَرْجِعُ بِالضَّمَانِ على الْمُودَعِ وَإِنْ ضَمَّنَ الْمُودَعَ يَرْجِعُ بِهِ على الْغَاصِبِ وقد تَقَدَّمَ الْفَرْقُ

وَعَلَى هذا إذَا أَوْدَعَ رَجُلٌ من رَجُلَيْنِ مَالًا فَإِنْ كان مُحْتَمَلًا لِلْقِسْمَةِ اقْتَسَمَاهُ

وَحَفِظَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ لِأَنَّهُ لَمَّا أُودَعَهُ من رَجُلَيْنِ فَقَدِ اسْتَحْفَظَهُمَا جميعا فَلَا بُدَّ وَأَنْ تَكُونَ الْوَدِيعَةُ في حِفْظِهِمَا جميعا وَلَا تَتَحَقَّقُ إلَّا بِالْقِسْمَةِ لِيَكُونَ النِّصْفُ في يَدِ هذا وَالنِّصْفُ في يَدِ ذَاكَ

(6/208)
